



Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**BRUNA PEREIRA DOS REIS**

**A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS**

**Brasília**

**2014**

**BRUNA PEREIRA DOS REIS**

**DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS**

Dissertação apresentada para obtenção de título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Carvalho de Medeiros.

**Brasília**

**2014**

**BRUNA PEREIRA DOS REIS**

**A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS**

Dissertação apresentada para obtenção de título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Carvalho de Medeiros.

Brasília, de de 2014.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Paulo Gustavo Carvalho de Medeiros

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

*A todos que acreditam que a educação muda  
vidas.*

## AGRADECIMENTO

*Essa monografia representa o tão esperado epílogo de um fase de agregação de conhecimento e o despertar da nova etapa. Por isso, dedico-a, inicialmente, a Deus, o único ser a carregar a bagagem das certezas plenas e verdades absolutas e acima de toda e qualquer ideia, pensamento e certeza. A meus amados pais: minha mãe Glorinha, por todo o seu incondicional apoio e amor ao longo de toda a minha jornada, e em todas as minhas escolhas. Por ser o instrumento mais importante de amor e humildade que Deus me deu; meu pai Jovino, meu exemplo de superação, em que percebo que a coragem e a vontade de conhecer podem transformar qualquer história. E, por ser meu maior admirador; minha irmã Luana, minha pequena aventureira, por me ensinar que devemos lutar pelo que acreditamos; e minha avó Nenza, por demonstrar que em tudo o amor deve prevalecer. Para os Drs. Mariana e Eduardo, por sempre confiarem em mim e por serem minha referência do saber jurídico. À Advocacia-Geral da União, por implantar a inquietação de onde gerou o presente trabalho. Ao professor Paulo, por toda a dedicação e paciência disponibilizada a mim. Meu maior mestre ao longo da vida acadêmica. À Dra. Vanessa por me aceitar, me respeitar e me compreender. Obrigada pelas lições que serão levadas com carinho por todas as minhas vidas. E, por fim, a todos e cada um dos meus amigos, dos quais não irei citar nomes, pelo melhor motivo: não caberiam em um pequeno pedaço de papel.*

*“A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livra-se da interpretação. [...] Sem interpretação não há direito. [...] Não há direito que não exija ser interpretado.”*

*Javier Pérez Royo*

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a ilegitimidade passiva da União Federal, como um dos integrantes da República Federativa do Brasil, nas ações judiciais cujo pleito seja o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, requeridos com base no Direito à Saúde, constitucionalmente positivado. Para atingir o objetivo proposto, o trabalho foi feito à luz da análise doutrinária sobre o assunto, na medida em que se observou o desenrolar histórico dos direitos sociais, em seu aspecto global, e no Brasil, especificamente, o desenvolvimento do direito à saúde, com a Reforma Sanitarista da década de 80 até o hodierno modelo do Sistema Único de Saúde, com sua diretriz descentralizadora e o objetivo de municipalização dos serviços de saúde brasileiro. Não se olvidou, contudo, a análise detida da jurisprudência, demonstrando seu posicionamento em todos os aspectos registrados nesta dissertação, principalmente nos argumentos empregados pelas Cortes Superiores no que tange à solidariedade dos entes federativos para a composição do polo passivo dos pleitos judiciais de medicamentos e, após, rechaçando cada um deles com base nas disciplinas normativas, consubstanciadas em Leis, Portarias e Resoluções expedidas pelo Ministério da Saúde, bem como pela própria interpretação do texto constitucional.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Judicialização da Política. Medicamentos. Solidariedade dos entes federativos. Ilegitimidade Passiva.

## **ABSTRACT**

The present work has the purpose to demonstrate the illegitimacy passive of Federal Union, as one of the members of the Federative Republic of Brazil, in the lawsuits which claim to be the supply of medicinal products or medical treatments required based on the Right to Health, constitutionally positivised. To achieve the proposed objective, the work was done in the light of doctrinal analysis on the subject, in that it was observed the historical unfolding of social rights in its global aspect, and in Brazil, specifically, the development of the right to health, with the Sanitary Reform 80s to today's model of the National Health System, with its decentralized guideline and the goal of decentralization of Brazilian health services. Not, however, we have forgotten the careful analysis of the case law demonstrating its positioning in all aspects reported in this dissertation, especially in the arguments employed by the High Courts regarding the solidarity of federal entities to compose the defendant of judicial claims for drugs and after rejecting each of them based on normative disciplines embodied in Laws, Ordinances and Resolutions issued by the Ministry of Health, as well as the proper interpretation of the constitutional text.

**Keywords:** Right to Health. Legalization of Politics. Medicines. Solidarity of federal entities. Passive illegitimacy.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Do Neoconstitucionalismo .....</b>	<b>13</b>
1.1.1 <i>Movimento pós-Segunda Guerra Mundial .....</i>	13
1.1.2 <i>A dignidade da pessoa humana .....</i>	16
<b>1.2 Políticas Públicas .....</b>	<b>20</b>
1.2.1 <i>Conceito .....</i>	20
1.2.2 <i>Formulação .....</i>	21
1.2.3 <i>Funções .....</i>	24
<b>1.3 O Poder Judiciário nas Políticas Públicas .....</b>	<b>26</b>
1.3.1 <i>Ativismo Judicial e Judicialização da Política .....</i>	26
1.3.2 <i>Limites da atuação do Judiciário .....</i>	30
<b>2 DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>35</b>
<b>2.1 Da positivação constitucional do direito à saúde .....</b>	<b>35</b>
<b>2.2 Elementos do direito à saúde .....</b>	<b>39</b>
2.2.1 <i>A saúde como “direito de todos” .....</i>	40
2.2.2 <i>A saúde como “dever do Estado” .....</i>	42
2.2.3 <i>A saúde garantida mediante “políticas sociais e econômicas” .....</i>	43
2.2.4 <i>A saúde objetivando “à redução do risco de doenças e de outros agravos” .....</i>	49
2.2.5 <i>A saúde visando “o acesso universal e igualitário” .....</i>	50
2.2.6 <i>A saúde apresentada por ações e serviços para a “promoção, proteção e recuperação” .....</i>	51
<b>2.3 Do Sistema Único de Saúde .....</b>	<b>52</b>
<b>2.4 Diretrizes do Sistema Único de Saúde .....</b>	<b>55</b>
2.4.1 <i>Da descentralização dos serviços de saúde .....</i>	55
2.4.2 <i>Da integralidade dos serviços de saúde .....</i>	57
2.4.2.1 <i>Dos medicamentos sem registro na ANVISA .....</i>	59
2.4.2.2 <i>Dos medicamentos de caráter experimental e não listados no Sistema Único de Saúde .....</i>	61
2.4.3 <i>Da participação comunitária nos serviços de saúde .....</i>	66

<b>2.5 Do financiamento do Sistema único de Saúde .....</b>	<b>67</b>
<b>3 DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO NOS PLEITOS JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS .....</b>	<b>69</b>
<b>3.1 Das atribuições dos entes federativos no Sistema Único de Saúde .....</b>	<b>69</b>
<i>3.1.1 Das atribuições dos Municípios .....</i>	<i>72</i>
<i>3.1.2 Das atribuições dos Estados .....</i>	<i>75</i>
<i>3.1.3 Das atribuições da União .....</i>	<i>78</i>
<b>3.2 Da solidariedade passiva dos entes federativos.....</b>	<b>80</b>
<i>3.2.1 Dos argumentos favoráveis à solidariedade passiva da União nas ações de medicamentos .....</i>	<i>87</i>
<i>3.2.2 Dos argumentos contrários à solidariedade passiva da União nas ações de medicamentos .....</i>	<i>92</i>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>98</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

Na história do direito mundial, as Constituições, apesar de integrarem o ápice da pirâmide normativa no modelo proposto por Hans Kelsen, não atingiam a eficácia esperada, sendo consideradas, por muitos, apenas um documento eminentemente político, sem grande força normativa. Contudo, este cenário foi integralmente alterado com o fim da Segunda Guerra Mundial e a consecutória reconstitucionalização dos países europeus.

Isto porque, o processo de reconstrução dos Estados foi sopesado à formulação de novas Constituições, cujo momento histórico alterou de maneira considerável o cenário jurídico destes países. É simples comprovar a afirmação retromencionada. Basta pensar que, no curso evolutivo global, os direitos de primeira geração foram pleiteados pelos indivíduos como modo de defesa do cidadão contra o poder do Estado. Mas, com o fim da Guerra e a devastação dos países por todo o mundo, os cidadãos pugnaram pela segurança de uma Constituição escrita, cujo maior número de direitos seria atestado, sempre à égide da ideologia da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, tal situação não foi deveras discrepante, uma vez que o país, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, estava permutando de um Estado Ditatorial ao Democrático. Todos os grupos de interesse, desta forma, almejavam ver abarcadas no texto constitucional suas demandas, donde se justifica a “inflação de direitos sociais” que integra a Carta Magna.

Entre os diversos direitos sociais, cuja implementação depende de um fazer estatal, o direito à saúde se destaca dos demais desde o início dos anos 2000, posto que frente à pandemia ocasionada com o vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), muitas pessoas travavam batalhas perante os Órgãos do Poder Judiciário pleiteando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos para uma sobrevivência digna, como corolário da norma inserta no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Seguindo a nova visão constitucional, em que a Constituição não seria mais uma mera Carta Política sem valor normativo, o Supremo Tribunal Federal (STF), como Guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, atribuiu à essa, força máxima, interpretando seus dispositivos não mais como “promessas inconsequentes”, mas sim como previsões exigíveis e exequíveis. Entretanto, os Tribunais Brasileiros, com sua jurisprudência

ainda incipiente no tema, não imaginavam que a partir de seu novo posicionamento haveria mais à frente uma revolução no Judiciário Pátrio.

Para se ter noção da importância do tema, em 2009 ocorreu a Audiência Pública de Saúde, convocada pelo Supremo Tribunal Federal com vistas à refletir o Sistema Único de Saúde brasileiro. Na oportunidade, o Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro salientou que a Procuradoria-Geral deste Estado recebe uma média de 40 (quarenta) novas ações, por dia útil, cujo objeto é a distribuição de medicamentos.

Tais demandas judiciais são ajuizadas com dicção no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que preconiza ser a saúde direito de todos e dever do Estado, sendo, por conseguinte, passível de requerimento judicial. Daqui origina-se o questionamento basilar: este *Estado* utilizado na redação do artigo retromencionado é o mesmo que deve fornecer os medicamentos? E, em qualquer que seja a resposta, em que se embasam os fundamentos para a conclusão a que se chegou?

Os Tribunais Superiores já obtiveram a solução para a indagação supramencionada, que há muito é pacífica, no sentido de que o *Estado* a que o artigo 196 da Carta Magna faz alusão seria a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, solidariamente. Segundo as Cortes de Justiça, o Sistema Único de Saúde (SUS) é composto por todos os entes, devendo todos estes, então, assumirem a função de distribuir medicamentos diretamente.

Contudo, cediço que o Brasil é uma República Federativa, e como tal cada ente governamental possui funções próprias, que não podem ser simplesmente ignoradas. Neste sentido, necessário buscar o conhecimento acerca da competência de cada ente federado, a fim de se comprovar, ou não, a função comum de todos no fornecimento de fármacos quando chamados nas ações judiciais.

A fim de analisar o tema proposta, esta obra é composta por três capítulos. No primeiro, foi abordado o neoconstitucionalismo, em seu contexto histórico e sua evolução no Brasil e no mundo. As políticas públicas, conceituando-as e elucidando sua formulação e suas funções. E, por fim, a função do Poder Judiciário nas Políticas Públicas, analisando o que hodiernamente se denomina Ativismo Judicial e Judicialização da Política, expondo, ainda, os limites de atuação dos Órgãos do Poder Judiciário quando da apreciação das políticas públicas.

O segundo capítulo versou o direito à saúde, conceituando sob à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, e ao final analisando o Sistema Único de Saúde em todas as suas diretrizes e princípios, bem como seu financiamento.

E, por derradeiro, no último capítulo a matéria ventilada foi acerca da ilegitimidade passiva da União, propriamente dita, expondo a competência de cada ente federativo no Sistema Único de Saúde e, após, analisando, detidamente, os argumentos jurisprudenciais e doutrinários favoráveis e contrários à solidariedade deste ente nas ações judiciais que versem medicamentos.

Trata-se, pois, de um trabalho descritivo, cujo método empregado foi o da pesquisa dogmática-instrumental, por intermédio da pesquisa de obras doutrinárias e decisões jurisprudenciais, com o fito de demonstrar que muito embora seja modesto o entendimento contrário à ilegitimidade passiva da União nas demandas por fármacos, este posicionamento é o que mais se coaduna com o pensamento do legislador originário e com o infraconstitucional.

# 1 DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO

## 1.1 Neoconstitucionalismo

### 1.1.1 Movimento pós-Segunda Guerra Mundial

Inicialmente, cumpre consignar que o neoconstitucionalismo não possui um significado unívoco. Não se deve fazer uso do termo no singular, mas sim no plural, de modo que há divergências quanto ao conceito da terminologia<sup>1</sup>. A expressão neoconstitucionalismo foi originada na Espanha e Itália, mas reverberada na doutrina brasileira com bastante força, após importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell<sup>2</sup>, o que demonstra a multiplicidade conceitual que o termo possui.

Diante da constatação das inúmeras acepções que a terminologia *neoconstitucionalismo* pode atribuir, Luis Roberto Barroso elenca três marcos para se definir o fenômeno em tela, quais sejam: o *marco histórico*, o *marco teórico* e o *marco filosófico*<sup>3</sup>. Entretanto, o presente subtópico irá se servir apenas do *marco histórico* para a conceituação do neoconstitucionalismo. Desta forma, cumpre ressaltar que para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo faz-se necessária a análise dos movimentos pós-Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, salutar transcrever trecho dos dizeres de Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

[...]

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A

<sup>1</sup> GOMES, Nestor Castilho et al. *Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós-positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 96-97, jan./ mar. 2009.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=bYB1\\_4CkL2U](http://www.youtube.com/watch?v=bYB1_4CkL2U)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.<sup>4</sup>

Em período anterior a 1945 vigorava, na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, sob o argumento de que a lei expressava a vontade geral<sup>5</sup>. Prevalencia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica que tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições<sup>6</sup>. No Brasil, exemplo claro deste posicionamento encontrava-se presente no fato de que o Código Civil Brasileiro era tratado como o centro do sistema jurídico pátrio, isto é, a peça central do direito era o Código Civil. Interpretava-se a vida a partir do Código Civil, a começar pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hodiernamente chamada de Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro<sup>7</sup>. Daniel Sarmento destaca ainda que:

[...] na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituíra o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel - o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 213, jun./ dez. 2005.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 216, jun./ dez. 2005.

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 96, jan./ mar. 2009.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=bYB1\\_4CkL2U](http://www.youtube.com/watch?v=bYB1_4CkL2U)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

eclodiam no país.<sup>8</sup>

Não obstante a cultura legicêntrica enraizada mundialmente, as grandes transformações ocorridas no mundo requereram um olhar renovado sobre o fenômeno positivismo jurídico tradicional, o qual se mostrava cada vez mais insuficiente à atender as demandas de uma sociedade global e complexa<sup>9</sup>. Por conseguinte, na década de 40, a onda constitucional inovou, apresentando um modelo inspirado pela experiência norte-americana de supremacia da Constituição<sup>10</sup>.

Desta forma, em consequência ao fim da 2ª Grande Guerra, houve a reconstitucionalização dos países europeus e, pouco depois, a redemocratização do Brasil, fenômenos marcados por novas Constituições, que como o próprio nome já diz, estão constituindo os princípios e diretrizes basilares do Estado. Contudo, além de preconizar tais valores fundamentais, estas Cartas ainda possuem força normativa, isto é, possuem força de norma constitucional. Logo, as Constituições que até então não possuíam o *status* de norma, por serem vistas como meras cartas políticas, passaram a deter força normativa<sup>11</sup>. Neste ínterim, Daniel Sarmiento consignou que:

As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.<sup>12</sup>

Isto posto, talvez em virtude do momento histórico ter contribuído, por estarem os países devastados pela tortura e crueldade que marcaram a 2ª Guerra Mundial, as Constituições passaram a abarcar direitos fundamentais sob à ótica da dignidade da pessoa

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 100, jan./ mar. 2009.

<sup>9</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*: Introdução: Constitucionalismo Contemporâneo X Positivismo Jurídico. A Realização Dos Direitos Fundamentais sob a Perspectiva Neoconstitucionalista: Conclusão. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 216, jun./ dez. 2005.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=bYB1\\_4CkL2U](http://www.youtube.com/watch?v=bYB1_4CkL2U)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 96-97, jan./ mar. 2009.



humana, conforme destacou Amélia Sampaio Rossi:

É consenso afirmar-se que desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial o Direito Constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos no sentido de se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar. O chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos desta mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais, e por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico.<sup>13</sup>

Constata-se, portanto, que ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito<sup>14</sup>. Com o evento devastador da Segunda Grande Guerra, colocou-se em questão a dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais. Desta forma, inicia o processo de constitucionalização das normas. A Constituição deixa de ser apenas carta política, sem nenhuma peso real, ou poder de vinculação, um pedaço de papel inutilizado; e passa a ser Carta Magna, suprema e basilar. Possui desde então força normativa e vinculativa. Passa a ser Carta principiológica e regulamentadora.

### 1.1.2 A dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã” por ter traduzido uma espécie de novo pacto para a democracia, incorporando a promessa política da construção e manutenção de uma democracia sustentável após um longo período em que o Brasil foi marcado mais por governos de exceção que por regimes democráticos<sup>15</sup>. Contudo, mais do que apenas estabelecer diretrizes que arraigaram os regimes populares, o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais<sup>16</sup>.

Assim, como a maioria das atuais Constituições Latino-Americanas, a

<sup>13</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais: Introdução: Constitucionalismo Contemporâneo X Positivismo Jurídico: A Realização Dos Direitos Fundamentais sob a Perspectiva Neoconstitucionalista: Conclusão.* Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 214, jun./ dez. 2005.

<sup>15</sup> PELUSO, Cezar. *Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das Supremas Cortes.* Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA\\_CP.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

Constituição Federal Brasileira de 1988, é fruto da luta contra o autoritarismo militar, surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade nas mais diferentes áreas (econômica, social, política)<sup>17</sup>.

Entretanto, não é privilégio da Carta Magna brasileira a incorporação de direitos fundamentais em seu corpo. Como exaustivamente comentado nas linhas acima, as Constituições contemporâneas são frutos de um momento historicamente propício ao desenvolvimento de uma teoria voltada ao reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, inclusive, foi expressamente assegurado pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na redação do artigo 1º, inciso III, que conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.<sup>18</sup>

Desta forma, foi no período do pós-Guerra, visando à reconstrução dos direitos humanos, brutalmente violados, aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um marco inicial do movimento de internacionalização da reconstrução dos direitos humanos<sup>19</sup>, a fim de proteger o ser humano em sua dignidade.

Ocorre que a dignidade não pode ser entendida apenas como um direito de não se ter violada a sua vida e liberdade, mas também ter propiciado os pressupostos mínimos para uma vida digna. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo registram:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa

<sup>17</sup> BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 892, p. 40, fev. 2010.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 68.

<sup>19</sup> BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 892, p. 44, fev. 2010.

humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.<sup>20</sup>

Nesta esteira, passou-se a adotar a concepção de que existem tanto os direitos a prestações, ou positivos, quanto os direitos de defesa, ou negativos. Os primeiros são direitos a prestações materiais vinculados ao dever do Estado, de assegurar os bens ou serviços para que o particular tenha uma vida digna. Em contrassenso, os direitos de defesa são os que implicam direitos subjetivos negativos, ou seja, o Estado tem que proteger o particular de uma invasão ilegal e indevida em sua vida privada. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo consignam:

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares. [...] Assim, a partir de um certo texto há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa (individual ou coletivamente), posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção.<sup>21</sup>

Logo, a Constituição deve assegurar a vida e a liberdade do ser humano. Destacando que em seu sentido literal, a ideia de liberdade significa a capacidade que cada cidadão possui de ter a sua concepção razoável acerca da vida digna e de procurar realizar os objetivos por ela fixados, sem interferência impeditivas externas<sup>22</sup>. Neste ponto, Susana

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

<sup>22</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 146.

Pozzolo registra, *in litteris*:

Desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o seu desenvolvimento ou a sua declinação positiva. As Constituições contemporâneas se caracterizam por uma força permeável intrínseca e geral que, unida a uma concepção prescritiva, implica a adequação do ordenamento (em sentido positivo, não somente de respeito) aos princípios de justiça ali expressos.<sup>23</sup>

Percebe-se, em suma, que objetivando aniquilar as desigualdades fortemente presentes no país, fruto de seu desenvolvimento histórico, e dos acontecimentos mundiais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abriu o leque de direitos assegurados. Neste sentido, Fabrício Juliano Mendes Medeiros consigna, *in verbis*:

[...] Foi além o Texto Magno para também estabelecer, no Capítulo II do Título II, um extenso rol de direitos sociais, os quais dialogam, direta ou indiretamente, com pelo menos um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º).

A previsão, na Constituição de 1988, dos chamados direitos sociais – a exigir do Poder Público uma conduta de conteúdo positivo – expressa o compromisso brasileiro com a adoção de políticas públicas nas áreas de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação, segurança, etc. Mais: representa o compromisso com a elaboração de políticas públicas voltadas à realização da justiça social no país, e não apenas como garantes de uma igualdade meramente formal entre os indivíduos.<sup>24</sup>

Importante, ainda, reproduzir as palavras de Regina Maria Macedo e Nery Ferrari, *in litteris*:

Aceita-se que as normas constitucionais que não possuem, de per si, capacidade de aplicação plena, têm um mínimo de eficácia, o que se reflete, não só no que diz respeito a suas relações internormativas, mas também em relação à realidade social. Dessa constatação surge a necessidade de observar que a medida do mínimo de eficácia pode caracterizar uma diferença na graduação da capacidade de concretização da norma e que não é correto pensar que tais normas sejam de eficácia diferida, isto é, que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas para complementá-las.<sup>25</sup>

Isto posto, resta clarividente a necessidade de os direitos constitucionalmente previstos serem colocados em prática por um instrumento denominado políticas públicas. O Poder Executivo, utilizando-se de sua discricionariedade, deverá escolher políticas públicas para atender o que a Carta Magna previu. Neste sentido, o próximo tópico tratará dos principais aspectos das políticas públicas.

<sup>23</sup> POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 90.

<sup>24</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29.

<sup>25</sup> MACEDO, Regina Maria; FERRARI, Nery. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

## 1.2 Políticas Públicas

### 1.2.1 Conceito

O termo *políticas públicas* tem gênese com a crise da Bolsa de Valores dos Estados Unidos da América, em 1929, período conhecido como *A Grande Depressão*. Neste momento histórico, muitas famílias não tiveram seus direitos sociais assegurados, uma vez que o Estado norte-americano não conseguia garantir à população os direitos basilares para o exercício da vida, com vistas à dignidade da pessoa humana. Desta maneira, influenciado pelos acontecimentos épicos, o pensamento desenvolvido pelo economista inglês John Maynard Keynes, denominado *estado de bem-estar social*, emerge e se consolida perante os Estados Unidos da América e, após, em todo o mundo<sup>26</sup>.

A ideia de *estado de bem estar social* consistia numa política social, na qual o Estado era o responsável ao atendimento das demandas da população, regulando serviços, bem como fornecendo à sociedade esses mesmos serviços, como forma de garantir melhor qualidade de vida<sup>27</sup>. Ou seja, o pensamento visava, em suma, defender os direitos dos cidadãos na saúde, educação e alimentação, por meio de políticas públicas.

Neste sentido, mister transcrever a enunciação contida no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, *in verbis*:

#### Artigo 2º

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.<sup>28</sup>

Destarte, extrai-se da redação do artigo supramencionado que é dever dos Estados a implementação dos direitos sociais, e isto se dará mediante políticas públicas, ou seja, mediante ações governamentais que visam atender ao interesse público.

<sup>26</sup> MARCUZZO, Maria Cristina. *Keynes and the welfare state*. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/texto\\_02\\_12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/texto_02_12.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>27</sup> DELLAGNEZZE, René. *O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI*: Parte I: o estado clássico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12537](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12537)>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/12/1966-Pacto-Internacional-sobre-os-Direitos-Econ%C3%B3micos-Sociais-e-Culturais.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2014.

Frente ao supramencionado, pode-se afirmar que políticas públicas são as metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental, definidos a partir de processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico<sup>29</sup>. Em outras palavras, políticas públicas é fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais. O Estado passa para além do seu papel de polícia e ganha uma dinâmica participativa na vida social, moldando o próprio quadro social por uma participação distinguida pelo Poder de impor e pela coerção<sup>30</sup>.

Contudo, tem-se que o termo *política*, na língua portuguesa, assim como em outras línguas latinas, pode assumir duas conotações principais, que a língua inglesa consegue diferenciar usando os termos *politics* e *policy*<sup>31</sup>. Enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais. E é desses últimos que se ocupa o presente estudo<sup>32</sup>.

### 1.2.2 Formulação

Tendo em vista que as políticas públicas têm como objetivo primeiro o desenvolvimento da sociedade, elas possuem processo de formulação bastante peculiar, o qual é fracionado em quatro etapas<sup>33</sup>: *formação da agenda, formulação de políticas, implementação e avaliação*.

No tocante à primeira fase, denominada de *formação da agenda*, Ricardo Wahrendorff Caldas leciona:

É impossível para os atores públicos concentrarem suas atenções e atenderem a todos os problemas existentes em uma sociedade, dado que estes são abundantes e os recursos necessários para solucioná-los, escassos. Por isso, é necessário que se estabeleçam quais questões serão tratadas pelo governo. O processo de definição da

<sup>29</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264.

<sup>30</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

<sup>31</sup> LIMA, Waner Gonçalves. *Política pública: discussão de conceitos*. Disponível em: <<http://revista.uft.edu.br/index.php/interface/article/viewFile/370/260>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

<sup>33</sup> Neste ponto, importante frisar, que a depender do doutrinador o número de etapas é variável, bem como suas nomenclaturas. Entretanto, apesar da variação de quantidade e terminologia, as ideias permanecem intactas. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

lista de principais problemas da sociedade é chamado de Formação da Agenda. Tal processo envolve a emergência, o reconhecimento e a definição das questões que serão tratadas e, como consequência, quais serão deixadas de lado.<sup>34</sup>

Logo, o surgimento da agenda ocorre com a percepção, seja por um acontecimento, seja por pesquisas, de uma necessidade social. Cite-se, a título exemplificativo, o caso do desenvolvimento sustentável, conceito que surgiu a partir dos estudos da Organização das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas, no início da década de 1970, como uma resposta à preocupação da humanidade, diante da crise ambiental e social que se abateu sobre o mundo desde a segunda metade do século XX<sup>35</sup>.

Ante as constatações das alterações climáticas, em 1992 com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, mais conhecida como RIO-92, que foi colocado na pauta a necessidade de se formular políticas públicas no sentido de assegurar o desenvolvimento sustentável no Brasil. Note-se, então, que foi após mais de vinte anos da idealização do desenvolvimento sustentável que o conceito foi debatido, o que demonstra que o *surgimento da agenda* é um procedimento lento e gradual.

Superada esta etapa, dar-se-à início a *formulação de políticas* que, conforme Ricardo Wahrendorff Caldas, ocorre da seguinte maneira:

A partir do momento em que uma situação é vista como problema e, por isso, se insere na Agenda Governamental, é necessário definir as linhas de ação que serão adotadas para solucioná-los.

Este processo, no entanto, não ocorre de maneira pacífica, uma vez que geralmente alguns grupos considerarão determinadas formas de ação favorável a eles, enquanto outros a considerarão prejudicial, iniciando-se assim um embate político.

Esse é o momento onde deve ser definido qual é o objetivo da política, quais serão os programas desenvolvidos e as metas almejadas, o que significa a rejeição de várias propostas de ação.

Certamente essa escolha, além de se preocupar com o posicionamento dos grupos sociais, necessita ser feita ouvindo o corpo técnico da administração pública, inclusive no que se refere aos recursos – materiais, econômicos, técnicos, pessoais, dentre outros – disponíveis.<sup>36</sup>

Neste momento, há que se pensar no aspecto político, vez que os legisladores

<sup>34</sup> SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Minas Gerais, 2008. Disponível em: <<http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Daniel Bertoli. *Desenvolvimento sustentável: o desafio da presente geração*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/051/51goncalves.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>36</sup> SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Políticas Públicas: Conceitos e Práticas*. Minas Gerais, 2008. Disponível em: <<http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

devem se atentar às ansiedades da população que representa, defendendo os interesses dos mesmos. Entretanto, também deve haver atenção ao aspecto administrativo, que representa as possibilidades orçamentárias da dita política a ser implementada, uma vez que as políticas públicas devem ser eficazes, já que se configuram inconcebíveis políticas meramente programáticas.

Ressalte-se, aqui, a necessidade da participação de todas as classes da sociedade nesta etapa, a fim de que nenhuma pretensão deixe de ser apreciada e, se possível, implementada. Isto posto, salutar transcrever para elucidar a relevância do tema, trecho da fala do então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, na Audiência Pública da Saúde em 2009, *in litteris*:

Há no Brasil um vazio, que é o debate público sobre a elaboração do orçamento. Há um momento na vida democrática de todos os Estados no qual se tomam as decisões e se fazem as escolhas - as boas e as trágicas - e esta discussão é negligenciada no Brasil. E, portanto, em um momento do segundo semestre de cada ano, médicos, ONGs, pacientes, as pessoas envolvidas no sistema têm que participar de um debate que tem que ser público e transparente, que é a definição de quais políticas públicas de saúde serão prestigiadas e quais os recursos serão alocados àquelas políticas públicas. Portanto, nós temos judicializado e tornado este debate na ponta final mais importante do que o debate prévio, que é estabelecer quanto, onde e para que serão investidos os recursos. Todas as sociedades democráticas debatem: quanto vai para educação, quanto vai para a construção de estradas, quanto vai para a publicidade institucional. E nós temos que estabelecer o quanto vai para a saúde e procurar determinar qual é o justo em saúde naquele momento e naquele determinado lugar.<sup>37</sup>

Portanto, resta patente a importância deste momento na formulação das políticas públicas, tendo em vista as consequências que estas terão para o desenvolvimento social.

Ultrapassado o estágio de formulação das políticas, as mesmas irão ser implementadas, isto é, os planejamentos e as opções serão executadas. Frise-se, ainda, que durante esta fase é viável a percepção de fatores que poderão, ou não, comprometer a eficácia das políticas em tela.

E, por fim, tem-se o último ciclo, qual seja a avaliação. Esta fase é descrita da seguinte forma por Sirlei Vincenzi:

Avaliar uma política, programa ou ação de um dos estágios do ciclo das políticas públicas e que consiste em que comparar os fins alcançados aos meios que foram mobilizados e os objetivos inicialmente estabelecidos. É um instrumento de gestão quando visa subsidiar decisões a respeito de sua continuidade, de aperfeiçoamentos necessários, de responsabilização dos agentes.

<sup>37</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Direito à saúde e distribuição de medicamentos*: Prof. Luís Roberto Barroso em audiência pública. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>. Acesso em: 15 mar. 2014.



A avaliação integra-se ao processo como atividade permanente que acompanha todas as fases da política pública, desde a identificação do problema da política até a análise das mudanças sociais advindas da intervenção pública.<sup>38</sup>

Por óbvio então, este período é deveras importante, já que é neste momento que se avalia a eficácia da política, que após tantas fases foi implementada. Entretanto, não se deve ter a falsa impressão de que somente com o fim de todas as fases supradescritas é que será possível avaliar a eficácia das políticas. Muito ao contrário. Como incontáveis vezes já elucidado, as políticas públicas tem o condão de gerar progresso à sociedade. Destarte, não seria equânime se devesse esperar a implementação da mesma para só então notar sua ineficácia, dando-se início ao ciclo novamente para tentar corrigir as supostas falhas.

Por conseguinte, resta clarividente, que a formulação de políticas públicas é um longo procedimento, no qual é imperiosa a participação da população, a fim de que sejam gradualmente implementados os anseios sociais, alcançando, assim, a finalidade das políticas públicas, qual seja, a concretização da ordem social.

### 1.2.3 Funções

No século XX, ante os diversos movimentos sociais com vistas a obter maior representatividade política, o Estado abre-se à participação e assimila os embates, constituindo-se por uma composição de forças. Posto isto, desenvolve-se o entendimento de que se o Estado concede ou realiza algo em sociedade, na verdade ele concretiza em atos um poder que lhe fora antes outorgado, ou seja, ele faz porque ele deve fazer<sup>39</sup>. Desta forma, incorporam-se à sua estrutura as preocupações com os desníveis na forma de competências específicas para assistência e programas visando minimizar as diferenças sociais, assim com a sua imagem de representante da força social dominante<sup>40</sup>.

Neste cenário, o Estado desenvolve atividade política como um processo social de decisão, ruindo a divisão estanque entre Estado e sociedade civil, passando a ser a arena e o partícipe da política forjada em contraposições e resistências. Esta nova figura e estes novos deveres de ação do Estado são construídos inicialmente pela norma constitucional, que, além

<sup>38</sup> VINCENZI, Sirlei. *Avaliação do programa semeando educação e saúde na agricultura familiar, do município de Três Passos – RS*. 2012. 67 f. Tese (especialização) – Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/71774/000877423.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>39</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 133.

<sup>40</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 133.

dos textos organizacionais, traz a definição de ações efetivas e fins materiais a serem realizados. Funções e ações são definidas para este Estado que tem finalidades sociais a obter por sua atuação<sup>41</sup>.

Assim, a finalidade das políticas públicas seriam, em suma, a implementação de objetivos constitucionalmente estabelecidos. Logo, se a norma constitucional assegura diversos direitos sociais, devem estes serem eficazes. Quanto a isto, forçoso reproduzir as lições de Olympio de Sá Sotto Maior Neto Brasil, *verbis*:

Propostas do Estado formuladas com o objetivo do cumprimento de seu papel institucional e indelegável de atuar na promoção do bem-estar de todos, especialmente pelo asseguramento e universalização dos direitos elementares à cidadania, tais como educação, saúde, habitação, saneamento, urbanização, esporte, cultura, lazer, profissionalização e, em caráter supletivo, assistência social.<sup>42</sup>

Portanto, a função das políticas públicas é dar efetividade aos direitos constitucionalmente assegurados. Neste íterim, pode-se afirmar que as políticas públicas constituem poderoso instrumento para a efetivação e a realização, dos direitos fundamentais relativos à educação, à saúde, à cultura, ao lazer, à moradia e à habitação, à alimentação escolar, ao meio ambiente<sup>43</sup>, e aos demais direitos que daqui surjam.

Feitas tais considerações, mister transladar os ensinamentos da Ana Paula de Barcellos acerca das políticas públicas:

As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais.

[...]

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso, será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços. Em suma: será preciso implementar o que se descreveu acima como políticas públicas.<sup>44</sup>

Conclui-se, assim, que as políticas públicas são instrumentos do Estado na

<sup>41</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 135.

<sup>42</sup> MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. *Políticas Públicas e Protagonismo Juvenil*. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/290.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

<sup>43</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O município e os direitos fundamentais: uma análise das competências constitucionais do município em matéria de direitos fundamentais. *Revista de Mestrado em Direito*. Osasco, v. 6, n. 2, p. 147, jul./dez. 2006.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

realização dos objetivos constitucionalmente previstos, e legalmente esmiuçados, principalmente no que tange os direitos fundamentais cujo gozo depende de ações governamentais.

### 1.3 O Poder Judiciário nas Políticas Públicas

#### 1.3.1 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Como sublinhado nas linhas acima, a Carta brasileira é analítica e ambiciosa<sup>45</sup>, desconfiada do legislador<sup>46</sup>. Infere-se, também, que o processo de constitucionalização de determinada matéria ocorre com a transformação de uma política em direito, já que uma matéria constitucionalizada torna-se em pretensão jurídica que poderá ser pleiteada sob a forma de ação judicial<sup>47</sup>. Neste sentido, Luis Roberto Barroso sustenta que:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido.<sup>48</sup>

Neste sentido, o modelo constitucional brasileiro, por ter tratado de uma vasta diversidade temática, gerou consequências profundas no modelo de Estado de direito existente.

Como bem lembra Ada Pellegrini Grinover, Montesquieu quando propôs o modelo de separação dos Poderes, entendeu pela necessidade de três órgãos: legislativo, executivo e judiciário, em que o primeiro teria como função precípua legislar, o segundo administrar e o terceiro julgar. Destacando que o acúmulo de funções dentro de cada uma dessas instituições poderiam derivar leis tirânicas, que por tirania também seriam executadas. Contudo, com a Revolução Industrial, deu-se início a movimentos sociais, que com o fim da

<sup>45</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 453, jul./ dez. 2008.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>48</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 16, nov. 2008.

Segunda Guerra, originaram o Estado social de forma mais evidente:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais — a dos direitos econômico-sociais —, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.<sup>49</sup>

Neste cenário, surgem duas figuras muito comentadas na atualidade: o ativismo judicial e a judicialização da política. Luis Roberto Barroso afirma que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>50</sup>

Da redação do trecho transcrito, Luis Roberto Barroso faz questão, desde o início de frisar que a judicialização e o ativismo são fenômenos jurídicos distintos. Desta forma, para a melhor compreensão dos temas, será iniciada a análise do ativismo judicial.

De início, importante registrar que o ativismo é fenômeno decorrente da postura pró-ativa do Juiz, que pode acontecer em decorrência da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente prevista em seu corpo e independente de pronunciamento legislativo, ou pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, bem como pela imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público no tocante a políticas públicas<sup>51</sup>.

Cediço que o ativismo remonta ao julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, ocorrido em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos que fez uso do controle de constitucionalidade difuso para a resolução da *lide*. Em apertadíssima síntese, pode-se afirmar que tal julgado abriu às portas para a revisão judicial de atos emanados do Congresso que

<sup>49</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 167-168, out./ dez. 2008.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

comportam ofensa à Constituição. Frise-se, que está foi a primeira decisão exarada por um Tribunal que afastou leis inconstitucionais sem expressa previsão constitucional neste sentido<sup>52</sup>.

Como muito bem asseverou John Marshall, no célere caso supracitado:

[...] ou se reconhece que a Constituição é a lei superior, fundamental, que não pode ser modificada pelos meios ordinários ou situar-se-à ela no mesmo nível dos atos legislativos ordinários.<sup>53</sup>

Desta forma, resta patente, que o ativismo busca maximizar o que potencialmente foi garantido pela Carta Magna. Isto é, o Judiciário busca atender às demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo Parlamento<sup>54</sup>. O Juiz “boca da lei” é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes<sup>55</sup>.

Por fim, importante reproduzir os dizeres de Antoine Garapon acerca do tema:

O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é “um dos maiores fatores políticos deste final do século XX”. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso. Primeiramente, na vida política, quando se viu desenvolver por todo o mundo aquilo que os americanos chamam de um “ativismo judicial” (judicial activism). O juiz é normalmente designado como árbitro de costumes, até mesmo da moralidade política: a atualidade cotidiana nos oferece múltiplos exemplos que não dizem respeito apenas a uma única família política.<sup>56</sup>

Portanto, o ativismo é a ação do magistrado que, buscando atender determinada tutela, ordena à parte ré agir de maneira que não se encontra prevista em Lei, isto é, em benefício do cidadão que diz sofrer violação de algum direito, o Juiz expande o alcance e o sentido normativo.

Em contrapartida, a judicialização da política não depende da postura adotada pelos julgadores, uma vez que ele é vinculada ao modelo constitucional empregado no Brasil, podendo ser conceituada pelas palavras de Luis Roberto Barroso da seguinte maneira:

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomás de. *Simpósio da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=B\\_XEH5lBgsQ](http://www.youtube.com/watch?v=B_XEH5lBgsQ)>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>53</sup> BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 115-116.

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>55</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 2.

<sup>56</sup> BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 115-116.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno em causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. [...]

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. [...] Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...]

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.<sup>57</sup>

Portanto, é possível afirmar que a causa primeira da judicialização é o grande número de direitos constitucionalmente previstos, o que os tornaram tuteláveis, visto que como amplamente destacado no primeiro tópico deste Capítulo, os direitos previstos no Texto Constitucional, inclusive as normas programáticas, devem possuir valor real.

Importante trazer à baila o conceito de normas programáticas, que segundo Maria Helena Diniz:

[...] são as em que o constituinte não regula diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado.<sup>58</sup>

Ocorre que não pode uma norma inserta no Texto Constitucional tornar-se ineficiente por depender de atividades administrativas para sua implementação, sob o argumento de tratar-se de norma programática, conforme a jurisprudência das Cortes Superiores já firmou entendimento<sup>59</sup>. Neste sentido, será analisado no próximo subtópico

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 104.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. *RE nº 271.286 AgRg/RS*. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+271286>>

como se dá essa atuação do Judiciário, e os limites de suas atividades.

### 1.3.2 Limites da atuação do Judiciário

Segundo Maria Helena Diniz:

Toda norma constitucional representa a escolha de uma diretriz por parte do legislador constituinte, que, entretanto, permite aos órgãos de elaboração legislativa, execução e aplicação da norma uma certa margem de liberdade jurídica para a produção dos efeitos nela previstos; liberdade esta que deverá ser exercida dentro dos limites, negativos e positivos, que determinam sempre um mínimo de possibilidade de obediência ou desobediência. Assim, todo e qualquer preceito constitucional tem um mínimo de eficácia capaz de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos.<sup>60</sup>

Logo, resta patente que a Carta Magna previu uma série de direitos às pessoas. Ocorre que, como diversas vezes postulado, nem todas as garantias constitucionais independem de ações governamentais, muito ao contrário. Deve-se entender os direitos previstos em toda a sua extensão. Isto é, quando o legislador ordinário previu que a todos é assegurada a vida, e esta deve ser digna, ele também destacou que para se ter uma vida digna as pessoas precisam ter direito à saúde, à educação, ao meio ambiente equilibrado, ao trabalho (e aqui entram questões como o direito de greve, a previdência social, etc), e a diversos outros.

Desta maneira, o Estado deve mediante as políticas públicas assegurar o implemento dos ditos direitos. Contudo, nem sempre isso ocorre. E aqui poderiam ser destacados diversos motivos, como a questão da reserva do possível, ou que o sistema legislativo encontra-se em crise, ou até mesmo arguir a antidemocracia, visto que a composição do Judiciário não é feita por eleições populares, mas jamais se pode afirmar que a Carta Magna trouxe em seu texto garantias que na realidade não devem ou não podem ser implantadas, pelo menos é o que a jurisprudência das Cortes Superiores vêm entendendo<sup>61</sup>.

Quanto a isso entra a questão da judicialização da política, visto que, quando a Carta Magna cria um determinado direito, ele deve ser implementado por ações dos outros

---

%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos &url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>. Acesso em: 03 maio 2014.

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 74.

<sup>61</sup> Luis Roberto Barroso cita a tendência crescente do pronunciamento do STF nos últimos anos, em tema como: (i) contribuição dos inativos; (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça; (iii) quebra de sigilo e decretação de prisão por CPI; (iv) possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos; (v) aplicação do regime jurídico das greves dos empregados privados para os servidores públicos. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

Poderes. Entretanto, se isto não ocorrer, uma consequência vem acontecendo de maneira muito clara, qual seja: leva-se o tema ao julgamento dos tribunais pátrios, para que estes decidam se o direito é ou não assegurado pela Carta Magna. Mas só isto não basta. Não é suficiente o tribunal afirmar meramente “*o cidadão tem o direito que está pleiteando*”, uma vez que isso possui o condão meramente declaratório. Imagine-se uma ação em que o autor está afirmando que seu nome foi inscrito de maneira irregular no cadastro de proteção ao crédito. Basta a autoridade judicial afirmar que ele realmente pagou o débito? Que a inscrição é ilegal? Não. O juiz além disso tem que condenar o réu a retirar o nome do autor do cadastro de proteção. O mesmo ocorre aqui. Os juízes, e na maioria das vezes os ministros, devem condenar o Estado que preste ao cidadão determinada medida a fim de que seu direito seja implementado.

Desta forma, é possível afirmar que existe um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, havendo um dever jurídico, previsto na Carta Política, para que o Legislativo edite normas necessárias a tornar exequíveis os comandos constitucionais e o Executivo as aplique na medida transformando as previsões abstratas em realidades sociais<sup>62</sup>.

Deste modo, a função do juiz mudou na atualidade. Segundo Luiz Flávio Gomes:

O inegável é que com a Constituição de 1988 foi decretada definitivamente a falência deste modelo legalista-positivista da atuação jurisdicional. Caiu o dogma do juiz aplicador (exclusivo) de leis, assim como definitivamente caíram os dogmas do Legislador naturalmente justo e o de que a lei sempre atende os interesses gerais.<sup>63</sup>

Inegavelmente, existe um dispositivo constitucional que permitiu o amplo acesso à Justiça, qual seja: o artigo 5º, inciso XXXV<sup>64</sup>, da Carta Magna. Desta forma, abriu-se caminho ao controle judicial das políticas públicas. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci<sup>65</sup> registra que:

A proposição constitucional centra-se na proteção a direito, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.

[...]

<sup>62</sup> GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 45.

<sup>63</sup> GOMES, Luiz Flávio. *A Questão do controle externo do Poder Judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 117.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 out. 2014.

<sup>65</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31-33.



Entretanto, em que pese a importância do ajuizamento de ações para exigir a efetividade das normas asseguradoras de direitos, em especial os direitos fundamentais, a crítica que se pode fazer a essa forma de atuação diz respeito à possível ocorrência da concorrência entre direitos.

A atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide são imprevisíveis.

Além disso, pode tomar corpo o fenômeno da judicialização da política, em que o ativismo judicial de promotores de justiça e juízes passa a se substituir à iniciativa do Poder Executivo, que tem título legal para plano de governo (CF, art. 84, XI), além da iniciativa legislativa nas matérias em torno das quais se estrutura a realização de políticas públicas, notadamente orçamentária, administrativa e de serviços públicos (CF, art. 61, II, b).<sup>66</sup>

Quando o Poder Judiciário atua de modo a condenar os órgãos públicos a fazer ou dar algo para o cidadão com base em uma norma constitucional, há uma clara percepção de que os Poderes legalmente investidos para elaborar políticas públicas acerca do tema o deixaram de fazer. Neste sentido, o deputado federal Julio Delgado, em entrevista, afirmou que o Judiciário, preenchendo o vazio deixado pela Câmara e pelo Senado, legisla sem mandato para fazê-lo<sup>67</sup>, tornando-se, assim, um *polymaker*<sup>68</sup>.

Isto posto, Matthew M. Taylor ressalta que:

Nos 15 primeiros anos após a redemocratização, em 1985, o Supremo Tribunal Federal invalidou parcial ou integralmente 200 leis federais. Para ter uma noção comparativa, a Suprema Corte Americana, em seus 200 anos de existência, invalidou 135 leis federais, parcial ou totalmente. Para quem questiona a pertinência de comparar o sistema de common Law americano com o sistema de código civil brasileiro, podemos tomar o exemplo do México. Desde 1994, quando se ampliou a independência do Judiciário naquele país, a Suprema Corte Mexicana invalidou, parcial ou integralmente 21 leis federais. Ou seja, o STF mostra-se especialmente ativo em relação aos tribunais superiores das outras grandes nações do continente.

[...] a grande independência dos tribunais superiores permite que fiscalizem o Executivo federal, revertam certas políticas públicas aprovadas pelos outros dois poderes e assegurem que suas decisões sejam respeitadas.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31-33.

<sup>67</sup> MADER, Helena. *Congresso: Temas internos monopolizam a eleição da Mesa*. Disponível em: <<http://tonnyribbtop.blogspot.com.br/2013/01/congresso-temas-internos-monopolizam.html>>. Acesso em: 03 maio 2014.

<sup>68</sup> Habacuque Wellington Sodré registra que “o ativismo tem se revelado uma atitude que apesar de ter o escopo de concretizar direitos, tem gerado profundos danos à democracia, na medida em que o Judiciário, que é o órgão técnico, tem usurpado as funções típicas dos demais poderes, inclusive, atuando, em alguns casos, tanto como legislador positivo como policymaker, sem possuir a legitimação plebiscitária dos poderes majoritários”. SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, v.4, n.16, p. 97-98, out./dez. 2010.

<sup>69</sup> TAYLOR, Matthew M. Como o Judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas. *Revista Getúlio*, São Paulo, v. 1, n. 5, set./ 2007. p. 51-53.

Ocorre que, apesar da faceta negativa, a judicialização da política também possui uma faceta positiva, qual seja: quando se tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela<sup>70</sup>. Contudo, tal atuação deve possuir alguns limites.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45<sup>71</sup>, o Ministro Relator Celso de Mello registrou alguns limites para a atuação do Poder Judiciário quando da judicialização da política. Na ação, o Ministro entendeu que o Poder Judiciário deveria adentrar à questões reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo quando os “órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

Outrossim, no tocante à questão da cláusula da reserva do possível, que conforme restou conceituada na decisão supracitada é o conflito entre a capacidade financeira do Estado e a possibilidade de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, não poderá ser justificativa capaz de abster o Estado da obrigação de implementar políticas que visem dar concretude às garantias constitucionais. Seguindo o pensamento de Ana Paula de Barcellos, o Ministro entendeu que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer

<sup>70</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Direito à saúde e distribuição de medicamentos*: Prof. Luís Roberto Barroso em Audiência Pública. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). *ADPF nº 45 MC/DF*. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2E+NUM%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em: 03 maio 2014.

outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>72</sup>

Neste ponto, Luis Roberto Barroso consigna que:

[...] constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.<sup>73</sup>

Do exposto, resta evidenciado que a judicialização da política é uma condição da realidade constitucional brasileira. E o ativismo judicial vem sendo uma marca dos magistrados brasileiros. Mas tanto a judicialização, quanto o ativismo, decorrem de posições sociais progressistas, e apesar de diversas críticas que colocam em questão as benesses trazidas por tais fatos (judicialização) e atos (ativismo), a realidade judicial brasileira é de admissão de ambos fenômenos, desde que demonstrada a omissão do Estado, sem a admissão de alegações concernentes à limitações financeiras. Logo, o *guardião das promessas*<sup>74</sup> passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245-246.

<sup>73</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 19, nov. 2008.

<sup>74</sup> GUARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990. p. 24.

<sup>75</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 570.

## 2 DO DIREITO À SAÚDE

### 2.1 Da positivação constitucional do direito à saúde

Conforme sublinhado nas linhas antecedentes, hodiernamente a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende democrático de direito<sup>76</sup>. Restou mencionado, também, que o Estado democrático de direito transforma a realidade, não delimitando, como o Estado social de direito, a melhora das situações a fim de que as pessoas possam gozar de uma vida digna<sup>77</sup>. Neste sentido, Ana Paula de Barcellos registra:

O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.<sup>78</sup>

Dentro do supramencionado *núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana*, o direito à saúde destacou-se dos demais por ser este salutar para o desenvolvimento de uma vida digna. A vida é direito primário do cidadão, o direito à existência também segue a mesma linha, pois consiste no exercício do indivíduo em lutar pelo viver, de defender a própria vida, de estar vivo, de permanecer vivo<sup>79</sup>.

O direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil<sup>80</sup>. Há de se atentar, também, que a dignidade da pessoa humana, preconizada no artigo 1º, inciso III, da respectiva Carta Magna de 1988, faz parte do rol de princípios fundamentais sociais – como a saúde – que asseguram concreção ao respectivo princípio<sup>81</sup>. Nesta esteira, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira destaca que:

<sup>76</sup> BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 892, p. 40, fev. 2010.

<sup>77</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 101.

<sup>78</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305.

<sup>79</sup> LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 260.

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1904.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

É justo dizer que foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que se presenciou um rápido reconhecimento de que é necessário criar-se um sistema, inclusive internacional de defesa da pessoa humana. Entretanto, a expressão direito fundamental aparece na França e se consolida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Em 1949, é inserida na Lei Fundamental de Bonn.

Referida trajetória foi marcada pela constitucionalização de vários desses direitos fundamentais, além do estabelecimento de Convenções e Declarações Internacionais, a ponto de a doutrina já se referir ao chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é, ao mesmo tempo, universal, no sentido de que os cidadãos não são vistos como pertencentes a este ou àquele Estado, mas não reconhecidos como cidadãos do mundo, possuidores de direitos sem fronteiras. [...]

A Declaração Universal reconhece, no artigo XXV-1, como direitos humanos, os direitos aos serviços sociais e especificamente o direito de ter cuidados médicos, além dos direitos à educação e ao trabalho.

Há, também, inúmeros outros tratados internacionais de direitos humanos, os quais devem ser cumpridos pelo Estado brasileiro, a partir da adesão.<sup>82</sup>

Deste modo, a Constituição da República Federativa do Brasil emerge como um documento basilar para a institucionalização dos direitos humanos no cenário brasileiro<sup>83</sup>, na medida em que a Carta Magna de 1988 positivou o direito à saúde no Brasil em seu texto constitucional, colocando-a no Capítulo II, do Título II, dos Direitos Sociais<sup>84</sup>, impulsionando a proteção à saúde no Brasil. Com base nas propostas e reivindicações do movimento sanitário, ela elencou, pela primeira vez, a saúde como um direito social e fundamental<sup>85</sup>. Neste ponto, insta trasladar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à proteção de “socorros públicos” (art. 179, XXXI).

Atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º CF/88).<sup>86</sup>

Isto posto, resta evidenciado que somente 40 anos após a Declaração Universal

<sup>82</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: A relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25-26.

<sup>83</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24-25.

<sup>84</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 102.

<sup>85</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 85.

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

dos Direitos do Homem, em que pesem os discursos de Rui Barbosa (ainda no século XIX), e o forte movimento de reforma sanitária ocorrido nos anos 80, é que o Brasil positivou o tema da saúde, com a promulgação da denominada Constituição Cidadã de 1988<sup>87</sup>. Logo, a tal Carta Magna, em contrassenso à redação das Constituições antecedentes, dispôs acerca do direito à saúde, não sendo a única a tratar sobre a matéria, mas é a primeira, na história brasileira, que elevou a temática à condição de direito fundamental<sup>88</sup>.

No concernente à definição de *saúde*, o primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu em 1946 com a Organização Mundial de Saúde (OMS) ao reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente de sua condição social ou econômica e de sua crença religiosa ou política<sup>89</sup>. Confira-se:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social./ A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.<sup>90</sup>

Em atenção ao conceito propugnado pela Organização Mundial da Saúde, a Carta Magna Brasileira alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental<sup>91</sup>. Desta forma, com base na moderna doutrina jurídica e para fim de aplicação do artigo 196 da Carta Magna, pode-se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como a melhorar a

<sup>87</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

<sup>88</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: STF, 2010. p. 1338.

<sup>89</sup> BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 892, p. 58, fev. 2010.

<sup>90</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 maio 2014.

<sup>90</sup> LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 249.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental: a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 33.

qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida<sup>92</sup>.

Por fim, é necessário ressaltar que o direito à saúde, da forma como encontra-se assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, é cláusula pétrea. Cediço, que a Carta Magna na redação do artigo 60, §4º, incisos I a IV, impõe limitações ao Poder Constituinte Reformador, determinando que matérias atinentes à forma federativa; ao voto direito, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes; e aos direitos e garantias individuais, não podem ser abolidos do texto constitucional. Tais limites materiais ao poder de reforma são denominados *cláusulas pétreas*<sup>93</sup>.

As supramencionadas cláusulas pétreas são, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, contribuindo para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade<sup>94</sup>. Desta forma ministram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.<sup>95</sup>

Apesar da existência de polêmica quanto serem os direitos individuais, expressamente referidos no artigo 60, §4º, da Carta Política abranger ou não os direitos sociais, por ser direito a prestação e depender de condições variáveis pela íntima ligação entre o direito e os recursos disponíveis, é indubitável que o direito à saúde encontra-se abarcado pela cláusula de imutabilidade. Neste ponto, cumpre, mais uma vez, transcrever os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica

<sup>92</sup> BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 892, p. 59, fev. 2010.

<sup>93</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 61

<sup>94</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1086.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140.

que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais situando os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do §4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se li ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.<sup>96</sup>

Destarte, pode-se aferir que, além dos limites materiais expressos, existem limites materiais implícitos, que possuem total conexão com os primeiros, já que a supressão dos limites implícitos teria o condão de aniquilar a identidade constitucional, dentre os quais encontram-se os princípios fundamentais<sup>97</sup>. Assim, registra Eduardo Braga Rocha:

Portanto, os direitos fundamentais sociais (saúde, educação, etc.) são essenciais para a concepção de Estado adotada pela Constituição Federal, e, conseqüentemente, a abolição ou restrição do núcleo essencial deles certamente acarretará afronta à identidade constitucional, sendo, pois, considerados limites materiais implícitos à reforma constitucional.<sup>98</sup>

De todo o exposto, resta evidente, que o direito à saúde surge como desdobramento do princípio constitucional de dignidade da pessoa humana que, como outrora estudado, está conectado à ideia de mínimo existencial à vida digna. Assim, foi disposto na Constituição da República Federativa do Brasil como cláusula de imutabilidade, a fim de que este direito fundamental não possa ser, independente da situação posta em exame, aniquilado.

## 2.2 Elementos do direito à saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu a Ordem Constitucional da Saúde que é integrada pelos vários dispositivos constitucionais atinentes ao tema, com especial realce àqueles alocados na Seção II, do Capítulo II, sobre a seguridade social, do já mencionado Título VIII, que trata da ordem social<sup>99</sup>. Neste sentido, consignam Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O sistema de seguridade social organizado na Constituição da República é integrado por três subsistemas, o da previdência, o da saúde e o da assistência social, conforme expressa dicção do art. 194, caput, de nossa Lei Maior. O dever de

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

<sup>97</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 62.

<sup>98</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 63.

<sup>99</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64.



assegurar esses três direitos fundamentais foi outorgado simultaneamente ao Poder Público e à sociedade, o que implica a necessidade de envolver todas as instâncias da administração pública, direta e indireta, todos os entes da federação, bem como empresas, organizações sociais, sindicatos e os cidadãos de um modo geral. A forma de participação tanto do Poder Público como da sociedade varia segunda a disciplina de cada subsistema da seguridade social: a previdência, saúde e assistência social. [...] Em relação à saúde, a Constituição preconiza o acesso universal (de toda e qualquer pessoa) e igualitário, enquanto que a assistência social “deve ser prestada a quem dela necessitar” (art. 203, caput).<sup>100</sup>

Na Carta Política, a saúde foi prevista expressamente no artigo 196 que prevê a proteção à saúde como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas” (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”<sup>101</sup>. Imperioso, pois, a análise de cada um dos elementos constituintes do direito à saúde, como será feito nos subtópicos subsequentes.

### 2.2.1 A saúde como “direito de todos”

O texto do artigo 196 da Carta Magna tem início com a afirmação de que a saúde é *direito de todos*, incondicionalmente. Todavia, apesar da simples leitura do dispositivo em análise permitir o entendimento de que qualquer pessoa terá acesso à saúde por provimentos estatais, esta não é a realidade brasileira, segundo a ótica da jurisprudência uníssona dos Tribunais Pátrios.

De acordo com o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, “o preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde”<sup>102</sup>. Deste modo, entende-se que o direito à saúde inserto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil só pode ser compelido ao Estado quando a pessoa demonstre hipossuficiência para a aquisição do fármaco ou o custeio do tratamento.

Destarte, as Cortes Superiores indeferem pleitos de medicamentos quando o

<sup>100</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64.

<sup>101</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde. *ARE nº 650.359 AgR/RS*. Primeira Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Hélio Francisco Cirolini. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810238>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

requerente não comprova sua hipossuficiência<sup>103</sup>. Cite-se, neste ponto, o que ocorre em Portugal:

A Constituição portuguesa assevera em seu art. 64, n.1, que “todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover” e, no n. 2, *a*, do mesmo artigo, com a redação que lhe deu a segunda revisão constitucional (1989), que o direito à protecção da saúde “é realizado: a) através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”.<sup>104</sup>

Cediço que o direito à saúde é exercido por prestações positivas pelo Estado. Isto posto, também é sabido que as prestações positivas dependem de um fazer estatal. Ocorre que, no caso específico da saúde pública, o Brasil, seguindo a tendência Portuguesa, limitou sua assistência aos que comprovadamente não possuem condições econômico-financeiras de custear seu tratamento médico.

Nesta esteira, cumpre trazer à baila importante reportagem divulgada pela Revista Istoé, em abril de 2012, na qual é narrada a história de Rafael Notarangeli Fávaro, rapaz que à época tinha 29 anos, era formado em gestão ambiental, e fazia tratamento médico com fármacos cujo custo aproximado era de R\$70.000,00 (setenta mil reais) por mês, mais de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) por ano<sup>105</sup>. Confira-se trecho da reportagem:

Aos 23 anos, recém-casado, ele sofreu uma trombose (formação de coágulos nos vasos sanguíneos que pode provocar infarto, AVC, insuficiência renal ou embolia pulmonar). Poderia ter morrido. Aquele foi apenas o evento mais grave de uma lista de problemas de saúde que o impossibilitavam de trabalhar e viver como um jovem normal. Enfrentou constantes e fortes dores abdominais, uma cirurgia para extrair 21 centímetros do intestino que haviam necrosado, anemia, sucessivas transfusões de sangue. Todo o sofrimento era decorrente da já citada HPN. De uma forma simplificada, pode-se dizer que a HPN é uma anemia crônica causada pela decomposição excessivamente rápida dos glóbulos vermelhos.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia relativa ao custeio de medicamentos pelo Poder Público: acórdão recorrido que decidiu a questão com base na falta de comprovação da hipossuficiência econômica do autor: questão de fato de reexame vedado no RE: incidência da Súmula 279. *RE nº 490.661/RJ*. Segunda Turma. Recorrente: Dalvino Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408974>>. Acesso em: 27 set. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE TRATAMENTO DE SAÚDE. ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. ARE nº 725.998/MS. Segunda Turma. Recorrente: James Almond Eagers. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Município de Campo Grande. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 15 de outubro de 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4771894>>. Acesso em: 27 set. 2014.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, Rafael. O constrangimento orçamental e a vontade da Constituição: a realização de políticas públicas na área da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 70-71, jun. 2011.

<sup>105</sup> BERMUDEZ, Jorge. *Remédio: Saúde ou Indústria: A produção de medicamentos no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumar. 1992.

Quando recebeu o diagnóstico, Rafael descobriu que pacientes como ele podem ser submetidos a um transplante de medula. É uma alternativa muito mais barata (custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS) e a única capaz de curar. Apesar disso, nem sequer procurou um doador. Como o tratamento mais caro do mundo estava ao alcance das mãos, considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional. O transplante cura metade das pessoas que têm HPN. Mas 30% podem morrer ou ter alguma complicação grave. O Soliris não cura, mas reduz a destruição dos glóbulos vermelhos e os sintomas da doença. Ainda assim, não elimina totalmente o risco de trombose. É por isso que Rafael também precisa tomar anticoagulante para sempre.

Se tivesse de pagar o tratamento do próprio bolso, importar o remédio estaria fora de cogitação. Faria o transplante pelo SUS e teria fé na cura. Várias pessoas, no entanto, o incentivaram a tentar conseguir o Soliris pela via judicial. Um médico de São José dos Campos o encaminhou à capital para ser atendido de graça pelo hematologista Celso Arrais Rodrigues, do Sírío-Libanês. Rodrigues explicou como o Soliris funcionava e indicou uma advogada que entrara com ações contra a Secretaria Estadual de Saúde em nome de outros pacientes. Rodrigues afirma que decidiu cuidar de Rafael e de outros pacientes de HPN sem cobrar nada, por mero interesse científico. Graças a Rodrigues, eles foram incluídos no programa de filantropia do Sírío-Libanês e, por isso, o tratamento inteiro é feito no hospital cinco estrelas. Para o Sírío, o atendimento de doentes como Rafael é vantajoso, porque garante isenção de alguns impostos federais. No final das contas, quem paga o tratamento do rapaz num dos melhores hospitais do Brasil é o contribuinte.<sup>106</sup>

Resta claro, desta forma, que a saúde no Brasil é direito subjetivo público assegurado a todas as pessoas sem discriminação de qualquer espécie, como corolário do princípio constitucional da igualdade, ressaltando-se que o cidadão que pleiteie a assistência estatal para o financiamento de suas despesas terapêuticas deve comprovar que não possua fundos para arcar com estas.

### 2.2.2 A saúde como “dever do Estado”

Ademais de ter determinado a saúde como *direito de todos*, o legislador ordinário também instituiu ser “dever do Estado” promover a saúde. Desta forma, o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, elegendo políticas públicas aptas à alcançar tal finalidade<sup>107</sup>.

Da leitura da expressão em análise, inicialmente, depreende-se que o Estado, em suas três esferas, são responsáveis pelo cumprimento do texto normativo. Assim, o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde é atribuição comum dos entes da federação, consoante com o texto do

<sup>106</sup> SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$800 mil*: A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>107</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

artigo 23, inciso III, da Carta Magna<sup>108</sup>.

Ocorre que, como será demonstrado no capítulo subsequente, a afirmação de que os entes federativos são igualmente responsáveis por *cuidar da saúde*, não implica na afirmação de que todos os entes têm o dever de prestar medicamentos quando alguém assim pleiteie. Contudo, por ser tema central de análise da próxima parte do presente estudo, não serão tecidas maiores considerações acerca do assunto neste subtópico.

### 2.2.3 A saúde garantida mediante “políticas sociais e econômicas”

Conforme destacado no Capítulo 1, mais precisamente no Tópico 1.2, o efeito reflexo do *estado de bem estar social* foi a implementação de políticas sociais que visam garantir o mínimo existencial aos cidadãos. Restou também consignado que o direito à saúde é fruto do desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana, e encontra-se dentro do núcleo mínimo para o desenvolvimento da vida digna. Neste sentido, para que se implemente o direito à saúde, é necessário que se formule políticas públicas aptas à materializar o direito em análise, como registram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in litteris*:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.<sup>109</sup>

Desta forma, o Estado tem a obrigação de eleger os meios que irão efetivar o direito à saúde, seguindo os processos de formulação das políticas públicas, que são diversificados no curso do tempo, vez que a área médica sofre constantes alterações. Cite-se, como exemplo, o emblemático caso do HIV, em que após a multiplicação de ações judiciais pleiteando o acesso ao coquetel que auxilia o sistema imunológico do infectado a fim de que o mesmo torne-se mais fortalecido, em 1996 foi editada a Lei nº 9.313 que determinou a distribuição gratuita dos medicamentos aos portadores do vírus. Neste íterim, Marcos Maselli Gouvêa registra:

As associações de defesa de soropositivos iniciaram então intensa pressão junto ao Governo e ao Congresso, visando à aprovação de lei que, regulamentando a norma

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 686.

<sup>109</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 686.

constitucional, previsse expressamente a distribuição, pelo poder público, de medicamentos necessários ao combate à AIDS. Em 13 de novembro de 1996, premido pela intensa mobilização da sociedade civil, finalmente o Governo fez vir a lume a Lei nº 9.313, dispondo sobre “a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS”:

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento.

§1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implantação desta lei, serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data da publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.<sup>110</sup>

Quanto a isto, necessário tecer comentários acerca da famosa Audiência Pública da Saúde convocada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, que ocorreu entre os dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009, na qual buscou-se articular diretrizes básicas acerca da saúde pública no país<sup>111</sup>. Esta Audiência tornou-se ainda mais importante por propiciar debates entre a população e os entes públicos, o que viabilizou maior percepção quanto às necessidades dos cidadãos e as possibilidades da Administração Pública. Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco consignam:

As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força dos seus argumentos é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos.

Dessa forma, a abertura da Suprema Corte é necessária, não só porque o julgamento dos direitos socioeconômicos é uma questão muito complexa, que envolve uma imensa quantidade de informações fáticas sobre as reais necessidades das pessoas, mas também por envolver as reais possibilidades da Administração Pública para atendê-las de imediato.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>111</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública saúde*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciapublicaSaude>>. Acesso em: 27 set. 2014.

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 686.

Muito embora esse trecho da redação do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil seja importante por determinar, no fundo, a implementação de políticas públicas para que a população tenha assegurado seu direito à saúde, não se pode ignorar as críticas pesadas quanto à esta parte. Isto porque, muito embora o artigo determine que o direito à saúde seja implementado por políticas sociais e econômicas, o Estado não pode escusar-se da responsabilidade de fornecer o necessário para que o cidadão tenha garantido sua saúde pela ausência de políticas setoriais.

Deste modo, mesmo que comprovadamente sejam escassos os recursos para o setor da saúde pública, caso alguém necessite de determinado medicamento para que trate enfermidade que lhe foi acometida, o Estado não será desobrigado de sua função de prestar assistência à saúde alegando a chamada *cláusula da reserva do possível*.

A cláusula supramencionada, que surgiu dentro do constitucionalismo social da segunda metade do século XX, defende a tese de que todos os direitos têm custos<sup>113</sup>. Sobre o tema Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo lecionam:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.<sup>114</sup>

Em que pese a argumentação de insuficiência de fundos do Estado, os Tribunais

<sup>113</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 157.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

Superiores têm entendido de forma diversa, determinando sejam realizadas alocações de verbas a fim de se atingir o primado da saúde como direito subjetivo público. Neste ponto, imperiosa a reprodução de parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, nos seguintes termos:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdade individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financiamento possível.

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um

direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

**Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.**<sup>115</sup>

Desta forma, os Tribunais Superiores entendem que a cláusula da reserva do possível não é argumento apto a desincumbir o Estado de sua obrigação prestacional quanto à saúde pública, já que mesmo com os recursos escassos, a alocação de verbas é uma opção hábil à solução do problema da limitação financeira e orçamentária. Cumpre, aqui, trazer à baila as considerações feitas pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 368.564/DF:

[...] O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Sim. Aqui, no Brasil, nós temos dado desenvolvimento próprio à teoria da Constituição dirigente, aquela que atua no núcleo, no centro das decisões político-administrativas.

Como essa Constituição dirigente se manifesta pelas chamadas políticas públicas, notadamente em campos de direitos fundamentais, como o direito à saúde, esgrimido por Vossa Excelência, o direito à educação. Aí surge a discussão, porque tais direitos de crédito contra o Estado a implicar o desembolso de recursos por parte do Estado. Diferentemente daqueles direitos clássicos que dizem com as liberdades individuais. Basta o Estado cruzar os braços para criar condições de gozo dos direitos de personalidade, dos direitos individuais.

Aqui, não. São direitos sociais que só podem ser gozados na medida em que o Estado atue desembolsando recursos. Aí veio a ideia que Vossa Excelência combate e que eu em boa medida combato também: Bem, se os direitos sociais, notadamente no campo da saúde, da educação, da assistência à adolescência e à infância, são direitos de crédito contra o Estado, demandam prestação contra o Estado, desembolso de recursos, é preciso atentar para o fato de que os recursos orçamentários são escassos e pesa contra esses direitos uma cláusula da reserva financeira do possível. Mas eu entendo que essa reserva financeira do possível seja

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. *STA nº 175 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 24 set. 2014.



desculpa cômoda por parte do Estado; é a mais cômoda das desculpas.<sup>116</sup>

No contraponto do supramencionada está o posicionamento de Fernando Facury Scaff. Confira-se:

Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que em casos assim, está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde. Como visto acima, o art. 196 da Constituição Federal explicita como garantia do direito à saúde “políticas sociais e econômicas”. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, o “acesso universal e igualitário”. Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (ou seja, não pode preferir uns ou outros, não pode conceder a uns e não a outros).

O que se chama de economia nada mais é do que o sentido que se dá às ações humanas quando voltadas à obtenção de um bem no mercado. Esta é nossa concepção moderna, mas de toda sorte serve para o início da conversa. Impossibilidade econômica significa em última análise um grau de ineficácia ou de custo que torna determinada ação inconveniente para alguém ou para algum grupo. O custo pode não tornar impossível a ação, mas a torna indesejável. Sobre tudo, deve-se notar que estados de escassez resultam várias vezes de escolhas feitas (investimentos em uma coisa e não em outra, v.g.). São as escolhas de prioridades que podem levar a escassez a uma área e não a outra.<sup>117</sup>

Deste modo, as escolhas alocativas determinadas pelo Poder Judiciário são o ápice da microjustiça, em que se retira finanças que seriam destinadas a um setor da saúde pública, para que seja destinado ao custeamento de determinada decisão exarada pelas Cortes de Justiça. Assim, imaginar que não haja *escolhas trágicas*, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades parece ou uma questão de fé, ou uma negação total aos direitos individuais<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. RE nº 368.564/DF. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>117</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 162-163.

<sup>118</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

Em que pesem todos os argumentos supramencionados, a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão de escassez dos recursos, seja presumindo a existência de fundos ilimitadamente, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária quando encontra-se em jogo a vida de outrem<sup>119</sup>. Acerca deste assunto, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 66.471-6/RN, existente na controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público, nos seguintes termos:

[...] Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar o sofrimento decorrente de certa doença.<sup>120</sup>

Entretanto, o caso ainda não foi julgado, e a Corte Suprema, quando provocada em ação judicial para a concessão de medicamento específico a um particular, entende que a depender da necessidade casuística, deve-se alocar verbas para assegurar o direito individual que se pleiteia.

#### 2.2.4 A saúde objetivando “a redução do risco de doenças e de outros agravos”

Ademais de todas as características supraexpostas, as políticas sociais de saúde pública deverão visar à redução do risco de doenças e outros agravos, prioritariamente em sua dimensão preventiva, como preconiza a redação do artigo 196 combinado com o texto do artigo 198, inciso II, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>121</sup>.

Contextualizando essa parte da redação do artigo 196 da Carta Magna com a realidade, pode-se utilizar, a título exemplificativo, a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora, a qual foi instituída por intermédio da Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012<sup>122</sup>, cujos objetivos são:

Entre os objetivos da Política está fortalecer a Vigilância em Saúde do Trabalhador, com a identificação das atividades produtivas da população e das situações de risco

<sup>119</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 96.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. RE nº 566.471/RN. Plenário Virtual. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em 20 set. 2014.

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 687.

<sup>122</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012*. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1823\\_23\\_08\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1823_23_08_2012.html)>. Acesso em: 27 set. 2014.

à saúde; análise das necessidades, demandas e problemas de saúde dos trabalhadores; intervenção nos processos e ambientes de trabalho; produção de tecnologias de intervenção e monitoramento, e controle e avaliação da qualidade dos serviços e programas de saúde do trabalhador.<sup>123</sup>

Extraí-se, portanto, que a Constituição idealizou, vislumbrando um ambiente saudável, um sistema de saúde pública no Brasil prioritariamente preventivo, em que o caráter curativo da área médica seja exceção.

#### 2.2.5 A saúde visando “o acesso universal e igualitário”

Além de todos os elementos supramencionados, o direito à saúde, consoante dispõe a redação do artigo 196 da Lei Maior, deve ser garantido por intermédio de políticas sociais e econômicas cujo acesso seja universal e igualitário.

O *acesso universal* deve ser interpretado como a possibilidade de atendimento a toda população. Entretanto, muito se questiona acerca da possibilidade de acesso aos serviços públicos de saúde quando os usuários não demonstrem a carência financeira, questão essa já resolvida quando da análise do subtópico 2.2.1, em que restou consignado que o acesso por ser universal, abrange toda população, independente de qualquer característica pessoal, desde que demonstrada a hipossuficiência para o financiamento do tratamento médico devido. Logo, é possível afirmar que o *acesso universal*, segundo o qual qualquer ser humano – só por sê-lo – deve ter acesso a esses serviços de atenção<sup>124</sup>, podendo postular do Estado quando demonstrar sua incapacidade econômica de arcar com os custos.

Em contrapartida, o *acesso igualitário* deve ser analisado conjuntamente ao princípio constitucional de igualdade, que, na definição tradicional, representaria tratar os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais, na exata medida de suas desigualdades<sup>125</sup>. Deste modo, esse elemento objetiva que toda a população tenha acesso à saúde, com todas as suas particularidades respeitadas. Nesta esteira, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior consignam:

A segunda parte do caput, do art. 196 da Constituição Federal preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde refletindo, neste ponto, não só a noção de igualdade constante do caput do art. 5º, como também a premissa

<sup>123</sup> PORTAL BRASIL. *Política nacional visa à redução de acidentes e doenças do trabalho*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/08/politica-nacional-visa-a-reducao-de-acidente-e-doencas-do-trabalho>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>124</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 73.

<sup>125</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 47.

republicana, incorporada ao art. 19, III, também da Lei Maior, segunda a qual se veda a todos os entes da federação “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. Disposição absolutamente coerente ao sistema constitucional que elevou à saúde ao patamar de um direito fundamental, fazendo-a, portanto, um elemento intrínseco à dignidade do ser humano. De fato, não é possível creditar-se a alguns maior valor intrínseco que a outros, criando-se, por este malfazejo caminho, restrições de acesso ou desigualdade entre os homens.<sup>126</sup>

Muito embora possa aparentar despreziosa, ou até mesmo desnecessária, tal disposição demonstra-se deveras importante frente ao que até então foi assegurado no Brasil em termos de saúde pública. Isto porque, até a Carta Magna vigente todas as demais ou tratavam de forma genérica do direito à saúde, ou eram omissão, ou associavam à saúde à previdência, sendo, pois, direito assegurado apenas aos trabalhadores contribuintes.

Neste ponto, Luis Roberto Barroso destaca:

[...] a partir da Constituição Federal de 1988, a prestação dos serviços públicos de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.<sup>127</sup>

Assim, o *acesso universal e igualitário* deve ser examinado de forma a garantir o acesso à saúde ao maior número de pessoas que de tratamento necessitem, respeitadas suas singularidades, a fim de atender, à um só tempo, o disposto no artigo 196, e no *caput*, do artigo 5º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

#### 2.2.6 A saúde apresentada por ações e serviços para a “promoção, proteção e recuperação”

No tocante a esta passagem do texto do artigo 196 da Carta Magna, necessária a realização de profundas reflexões quanto à eficácia das políticas públicas realizadas na seara da saúde no Brasil.

Como sublinhado em linhas superiores, o direito à saúde deve ser garantido mediante a formulação de políticas sociais e econômicas. Contudo, apenas a formulação das mesmas em seu campo teórico, sem nenhuma efetividade não alcançará os objetivos traçados pela norma inserta no artigo em análise. Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco registram:

Numa visão geral, o direito de proteção à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à

<sup>126</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 72.

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 21, nov. 2008.

redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.<sup>128</sup>

Demonstrando que o supratranscrito guarda total compatibilidade com a realidade social, quando da Audiência Pública de Saúde em 2009, o Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em sua fala, salientou que a Procuradoria Geral daquele Estado recebia uma média de 40 (quarenta) novas ações, por dia útil, que pleiteiam medicamentos<sup>129</sup>.

Portanto, daqui também é possível visualizar a gênese do fenômeno da Judicialização da Política, uma vez que, a omissão do Estado, ou sua ineficácia quanto à formulação de políticas públicas, pode ser considerado um ato que fere a Constituição, autorizando o Judiciário, na busca incessante de guardar a letra constitucional, iniciar o processo de judicialização de políticas públicas, a fim de fazer valer o direito fundamental à saúde.

### 2.3 Do Sistema Único de Saúde

O direito à saúde no Brasil, como destacado no capítulo anterior, foi remodelado no cenário nacional incontáveis vezes. A cada Constituição outorgada e promulgada este direito fundamental adentrava o texto constitucional, por vezes dele era esquecido e, em tantas outras, limitado. Contudo, no início da década de 70 (setenta), o Brasil assistiu à Reforma Sanitária, marco da moderna identidade do direito à saúde brasileira. Confira-se desde logo, o que a Fundação Oswaldo Cruz registra sobre o tema:

A Reforma Sanitária Brasileira foi proposta num momento de intensas mudanças e sempre pretendeu ser mais do que apenas uma reforma setorial. Almejava-se, desde seus primórdios, que pudesse servir à democracia e à consolidação da cidadania no País. A realidade social, na década de oitenta, era de exclusão da maior parte dos cidadãos do direito à saúde, que se constituía na assistência prestada pelo Instituto Nacional de Previdência Social, restrita aos trabalhadores que para ele contribuam, prevalecendo a lógica contraprestacional e da cidadania regulada.<sup>130</sup>

Sabido que em nas Cartas Magnas antecedentes o direito à saúde estava

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 686.

<sup>129</sup> Fala do Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro na Audiência Pública da Saúde em 2009, convocada pelo Supremo Tribunal Federal. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública saúde*: Subprocurador Geral do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Rodrigo\\_Tostes\\_de\\_Alencar\\_Ma\\_scarenhas\\_\\_Subprocurador\\_Geral\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Ma_scarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2013.

<sup>130</sup> FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Judicialização*. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/introducao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

diretamente conectado à Previdência Social, em que somente os trabalhadores que contribuíssem à Previdência faziam jus à assistência médica. Esse modelo, que perdurou durante todo o período ditatorial vivenciado no Brasil, não interpretava no direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Ao revés, o Estado não teria a obrigação de fornecer saúde, nem mesmo na modalidade de assistência médica, à população, já que entendia ser dever do próprio cidadão cuidar de sua vida e saúde<sup>131</sup>.

Contrastando com o cenário de ausência de prestações positivas do Estado no tocante à saúde pública, em meados dos anos 70, um grupo de intelectuais e políticos iniciaram os debates do que futuramente seria denominado Reforma Sanitária. Nessa esteira, durante a gestão do ex Presidente José Sarney, foi promovida a 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS), cujas conclusões foram as seguintes:

1- Em primeiro lugar, ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem os limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação no que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se costuma chamar de reforma sanitária.

2- A questão que talvez tenha mobilizado os participantes e delegados foi a natureza do novo sistema nacional de saúde: se estatizado ou não, de forma imediata ou progressiva. A proposta da estatização imediata foi recusada, havendo consenso sobre a necessidade de fortalecimento e expansão do setor público. Em qualquer situação, porém, ficou claro que a participação do setor privado deveria se dar sob o caráter de serviço público "concedido", sendo o contrato regido sob as normas do direito público. Em relação a esse tema, foi impressão da comissão de redação que a proposição "estatização da indústria farmacêutica", aprovada na assembléia final, conflita com esse posicionamento geral, por não ter sido objeto de uma discussão mais aprofundada.

3- Outro tema bastante polêmico foi relativo à separação da "Saúde" da "Previdência". O entendimento majoritário foi o de que a previdência social deveria se encarregar de ações próprias do "seguro social" (pensões, aposentadoria e demais benefícios) e a saúde estaria entregue em nível federal a um único órgão com características novas. O setor seria financiado por várias receitas, oriundas de impostos gerais e incidentes sobre produtos e atividades nocivas à saúde. Até que se formasse esse orçamento da saúde, a previdência social deveria destinar os recursos despendidos com o INAMPS para o novo órgão, retraindo-os paulativamente, na medida do crescimento de novas fontes.

4- No tema financiamento houve alto grau de consenso sobre alguns princípios importantes que devem orientar a política de financiamento setorial. O relatório parece mais indicativo do que conclusivo, revelando que esta discussão exige um maior aprofundamento.<sup>132</sup>

Dessa forma, é possível aferir que através da Conferência de Saúde restaram

<sup>131</sup> SILVA, Pamella Ferreira. *O Movimento Sanitário*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-movimento-sanitario-brasileiro/7591/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

<sup>132</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *8ª Conferência Nacional de Saúde: Relatório Final*. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

articuladas propostas nacionais em defesa da consolidação da Reforma Sanitária<sup>133</sup> e, muito embora a agenda de lutas não se restrinja à implementação do Sistema Único de Saúde, esta foi a mais importante realização advinda com a Reforma ocorrida. Assim, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior sintetizam a importância da Reforma Sanitária para o modelo hodierno de saúde da seguinte maneira:

A introdução da saúde no rol dos direitos sociais no Brasil foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final dos anos oitenta do século vinte. Nesse rico período da história política brasileira, houve o fenômeno, até então inédito, da expressiva participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais. Assim, especialmente os profissionais de saúde que haviam feito a opção de ingressar no serviço público para atender às pessoas mais desfavorecidas, em um grande congresso científico de saúde pública, começaram a fixar as bases de uma nova política de saúde. Essa nova política já havia sido mencionada no painel de Saúde na Constituição, durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, e deu origem a uma proposta de emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte. Também o setor privado com interesse na área da saúde, participou ativamente dos debates na Assembleia Constituinte, que terminou por definir a estrutura constitucional da política de saúde pública no país. É importante notar que o texto da seção da saúde aprovado é – com pequenas modificações – aquele elaborado pelos sanitaristas e apresentado igualmente como emenda popular à Constituição.

Uma das grandes preocupações desses movimentos era a de que o direito à saúde não ficasse limitado a uma previsão genérica, que cuidasse de atribuir ao Estado sua realização, sem especificação do teor dessas realizações e tampouco dos meios necessários a tanto. Exatamente por isso, o constituinte, ao lado da previsão da saúde como um direito social (art. 6º), tratou de incluir várias disposições orientadas a dar-lhe concretude. Dentre outras coisas, demarcou a necessidade de envolvimento dos entes federados para sua efetivação (art. 23, II), definiu a abrangência das ações em saúde (art. 198, II) e determinou a criação de um sistema único, ao qual foi atribuído o dever de dar efetividade ao direito à saúde.<sup>134</sup>

E Cármem Lúcia Antunes Rocha assim sintetiza:

No Brasil, o discurso da reforma sanitária é constituído, na década de 70, a partir de um pequeno grupo de intelectuais da área da saúde, que desenvolviam suas primeiras experiências concretas através de projetos institucionais voltados para a atenção primária de populações rurais. Pode-se dar como exemplo, em Minas Gerais, o caso de Montes Claros. Convergem para esse movimento representantes dos movimentos populares de saúde, entidades associativas de profissionais de saúde, representantes de centrais sindicais (quase exclusivamente de profissionais da saúde) e alguns parlamentares vinculados profissionalmente à área da saúde.

São estes setores que basicamente constituem o Movimento da Reforma Sanitária no Brasil, e que atuam fortemente durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, no sentido de influenciar as discussões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88.

<sup>133</sup> SILVA, Alessandra Ximenes. *A Reforma Sanitária Brasileira em Debate*. Disponível em: <[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA\\_EIXO\\_2011/IMPASSES\\_E\\_DESAFIOS\\_DAS\\_POLITICAS\\_DA\\_SEGURIDADE\\_SOCIAL/A\\_REFORMA\\_SANITARIA\\_BRASILEIRA\\_EM\\_DEBATE.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/IMPASSES_E_DESAFIOS_DAS_POLITICAS_DA_SEGURIDADE_SOCIAL/A_REFORMA_SANITARIA_BRASILEIRA_EM_DEBATE.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>134</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64.

O ideário da reforma sanitária consistia na proposta de um sistema de saúde única, fundamentalmente estatal, sendo o setor privado suplementar àquele, sob controle público e descentralizado. O que estava em questão era a universalidade da atenção à saúde, superando-se a histórica dicotomia entre assistência médica individual e ações coletivas de saúde. E a estratégia eleita para se conquistar a saúde como um direito consistia na descentralização do sistema de saúde.<sup>135</sup>

Assim, o Sistema Único de Saúde, de acordo com a redação do artigo 4º, da Lei 8.080/90<sup>136</sup> que “dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, deve ser compreendido como o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é, na verdade, o mecanismo institucional no qual o constituinte depositou o dever estatal de implementação do direito à saúde<sup>137</sup>. Assim, por inteligência do artigo 198 da Constituição da República Federativa do Brasil, as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede *regionalizada e hierarquizada*, constituindo um sistema único<sup>138</sup>, cujas diretrizes são a descentralização, a integralidade e a participação comunitária.

Do exposto, percebe-se que a Reforma Sanitária ocorrida entre os anos 70 (setenta) no Brasil foi o alicerce do que futuramente foi denominado de Sistema Único de Saúde, que é responsável pelas ações e serviços de saúde no Brasil<sup>139</sup>. Para a maior compreensão do funcionamento deste sistema, no tópico subsequente serão destrinchadas as diretrizes deste modelo.

## 2.4 Diretrizes do Sistema Único de Saúde

### 2.4.1 Da descentralização dos serviços de saúde

<sup>135</sup> LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p. 251.

<sup>136</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>137</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64.

<sup>138</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 104.

<sup>139</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1917.



De acordo com a redação do artigo 198 da Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso I, o Sistema Único de Saúde possui a descentralização como a primeira diretriz que comandar os serviços de saúde pública. Neste sentido, a Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, vinculada ao Ministério da Saúde, afirma que a descentralização

É entendida como uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da ideia de que quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto. Assim, o que é abrangência de um município deve ser de responsabilidade do governo municipal; o que abrange um estado ou uma região estadual deve estar sob responsabilidade do governo estadual, e, o que for de abrangência nacional será de responsabilidade federal. Deverá haver uma profunda redefinição das atribuições dos vários níveis de governo com um nítido reforço do poder municipal sobre a saúde - é o que se chama municipalização da saúde.

Aos municípios cabe, portanto, a maior responsabilidade na promoção das ações de saúde diretamente voltadas aos seus cidadãos.<sup>140</sup>

A descentralização consiste, portanto, na repartição de responsabilidades das ações e serviços de saúde entre os entes federativos, viabilizando a transferência de poderes de gestão do SUS para os Estados e, especialmente, para os Municípios, que receberão cooperação técnica e financeira dos outros entes para a realização de suas atividades<sup>141</sup>.

Contudo, necessário frisar que esta indicação constitucional não desonera quaisquer das instâncias federativas para com o dever de assistência à saúde pelo ter do artigo 23, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>142</sup>. Não obstante o dever comum aos entes para *cuidar da saúde*, como preconiza o artigo retromencionado, não é possível ignorar que o comando constitucional que institui a descentralização visava o processo de municipalização das prestações em matéria de saúde.

Nesse ponto, imperioso transcrever a redação do artigo 17 da Lei 8.080/90, *in litteris*:

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;<sup>143</sup>

<sup>140</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Brasília, 1990. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>141</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 93.

<sup>142</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 84.

<sup>143</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Seguindo a redação do artigo supramencionado encontra-se o texto da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB 1/96, que destacou a importância do processo de descentralização da seguinte forma, *in verbis*:

#### 4. SISTEMA DE SAÚDE MUNICIPAL

A totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município - o SUS-Municipal - voltado ao atendimento integral de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional.

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

Isso significa dizer que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Assim, nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema.<sup>144</sup>

Extraí-se da diretriz da descentralização que o legislador ordinário, atento ao pacto federativo, conferiu responsabilidades maiores em termos de saúde para os Municípios, até mesmo pela proximidade de tal ente com a população local, viabilizando atenção especial para os casos epidemiológicos mais graves em cada região. E, nesta direção, a Lei nº 8.080/90 preconiza que os Estados-Membros e a União Federal somente deveriam participar diretamente das ações de saúde (incluindo o fornecimento de medicamentos) de modo supletivo, suprimindo eventuais carências dos Municípios<sup>145</sup>.

#### 2.4.2 Da integralidade dos serviços de saúde

Pela redação do mesmo artigo 198 da Carta Magna, a segunda diretriz que rege o Sistema Único de Saúde é a integralidade dos serviços de saúde, privilegiando as ações preventivas, sem, contudo, prejudicar os serviços assistenciais. A integralidade dos serviços

<sup>144</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996*. Aprova, nos termos do texto anexo a esta Portaria, a NOB 1/96, a qual redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do Sistema. Brasília, 1996. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>145</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

de saúde gera a oferta de ações e serviços necessariamente integrais e simultâneas à proteção, promoção e recuperação da saúde, seja em ações simplórias, como nas intervenções curativas de alta complexidade e especialização<sup>146</sup>.

A Secretaria Nacional de Assistência à Saúde<sup>147</sup>, vinculada ao Ministério da Saúde, conceitua esta diretriz da seguinte maneira:

- É o reconhecimento na prática dos serviços de que:
- cada pessoa é um todo indivisível e integrante de uma comunidade;
- as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam também um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas;
- as unidades prestadoras de serviço, com seus diversos graus de complexidade, formam também um todo indivisível configurando um sistema capaz de prestar assistência integral.<sup>148</sup>

Destarte, o princípio da integralidade de atendimento determina que a cobertura oferecida pelo Sistema Único de Saúde deve ser a mais ampla possível<sup>149</sup>. A propósito, Marcos Maselli Gouvêa defende a seguinte ideia:

Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elessem uma delas.<sup>150</sup>

Neste ponto, algumas considerações devem ser realizadas acerca da integralidade dos serviços de saúde, na medida em que sob o argumento da integralidade das atividades, o Judiciário, por diversas vezes, encontra-se diante de demandas em que se objetiva acesso à

<sup>146</sup> SANTOS, Nelson Rodrigues dos. *Organização da atenção à saúde: é necessário reformular as estratégias nacionais de construção do “modelo do SUS”?*. Disponível em: <[www.sms.rio.rj.gov.br/servidor/media/modelosus.doc](http://www.sms.rio.rj.gov.br/servidor/media/modelosus.doc)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>147</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>148</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 39.

<sup>150</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, até mesmo, fármacos experimentais.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – foi criada pela Lei. 9.782/99, com campo de atuação em todos os setores relacionados a produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira. Essa Agência Reguladora é responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária – SNVS – junto a outros órgãos públicos e, dentro da administração pública federal, encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde<sup>151</sup>.

Neste ponto, os medicamentos por serem bens de saúde, e não bens de consumo, devem ser registrados na ANVISA para que possam ser comercializados<sup>152</sup>. Neste sentido, o artigo 2º da Lei 6.360/1976<sup>153</sup> estabelece que apenas poderão ser fabricar produtos quando as empresas portem autorizações expressas pelo Ministério da Saúde.

Entretanto, algumas anomalias podem acontecer quando da análise de pleitos de saúde pelo Judiciário, como bem restou pontuado na Audiência Pública de Saúde ocorrida em 2009, que serão analisadas nos subtópicos abaixo.

#### 2.4.2.1 Dos medicamentos sem registro na ANVISA

De início, cumpre transcrever o texto do artigo 12 da Lei nº 6.360/76, *in verbis*:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.<sup>154</sup>

Contudo, como bem assentado na fala do Ministro Gilmar Mendes na Audiência

<sup>151</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Agência*. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B\\_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-lHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWlgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia](http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-lHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWlgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>152</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Regras Básicas de Propaganda*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Pos+--+Comercializacao+--+Pos+--+Uso/Fiscalizacao/Assunto+de+Interesse/Propaganda/Propaganda+antigo/Assunto+de+Interesse/Regras+Basica+s+de+Propaganda>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>153</sup> BRASIL. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>154</sup> BRASIL. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)>. Acesso em: 27 set. 2014.

Pública de Saúde ocorrida em 2009, embora o Ministério da Saúde exija o registro dos medicamentos e outras drogas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, alguns cidadãos, que possuem doenças cujos fármacos para tratamento ainda não foram registrados perante esta Agência Reguladora, buscam no Judiciário tais medicamentos por meio de demandas prestacionais. Confira-se:

Não obstante, as políticas de saúde existentes, vários cidadãos buscam garantir na Justiça o acesso a medicamentos e outras prestações de saúde, prescritas por médicos credenciados junto ao SUS, mas ainda não registradas na ANVISA, ou não recomendados pelos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS.<sup>155</sup>

Após muitos debates, hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pelo qual não é possível obrigar o Poder Pública a garantir tratamentos sem uso liberado no Brasil, como restou entendido no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175:

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de

<sup>155</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública saúde*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM\\_abertura.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM_abertura.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.<sup>156</sup>

Destarte, veda-se à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA, salvo em caráter extraordinário, nos termos da Lei 9.782/99<sup>157</sup>. Isto porque, adaptando-se o discurso utilizado pelo representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo, ao Estado cabe cuidar de vidas; às empresas, sua lucratividade<sup>158</sup>; e a ao Ministério da Saúde cabe fiscalizar o equilíbrio para que tais fins não sofram desvios perversos.

Por fim, imprescindível mencionar que, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral do tema em análise, no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, sob o entendimento de que “possui repercussão geral, a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”<sup>159</sup>. Contudo, até o presente ainda não se julgou o recurso, permanecendo o entendimento esposado nas linhas acima, quanto à impossibilidade de se fornecer remédios sem registro na ANVISA.

#### 2.4.2.2 Dos medicamentos de caráter experimental e não listados no Sistema Único de Saúde

Ademais da questão dos medicamentos não registrados, outra também pode ser a problemática posta ao Judiciário: o Sistema Único de Saúde não tem nenhum tratamento

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. *STA nº 175/CE*. Tribunal Pleno. Agravante: União. Agravados: Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>157</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 716-717.

<sup>158</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [Abertura do dia 04 de maio de 2009]. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr\\_Alexandre\\_Sampaio\\_Zakir.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Alexandre_Sampaio_Zakir.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *RE nº 657.718/MG*. Plenário. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 20 set. 2014.

específico para determinada patologia, existindo para tanto apenas tratamentos experimentais ou não testados ainda pelo Sistema de Saúde brasileiro<sup>160</sup>.

Segundo o representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, Paulo Marcelo Gehm Hoff, as drogas experimentais são aquelas não aprovadas em local algum do planeta e cuja eficácia realmente ainda não foi demonstrada em um estudo clínico. O acesso destes medicamentos deve ser limitado a meros estudos clínicos ou programas de acesso expandido<sup>161</sup>. Em contrapartida, os novos tratamentos, ainda não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, são aqueles aprovados no país, contudo ainda não disponibilizados no Sistema Único de Saúde, disponíveis apenas para pacientes que tenham condições econômicas ou uma fonte pagadora na saúde suplementar<sup>162</sup>.

Quanto aos tratamentos experimentais, por não portarem comprovação científica, não vinculam a Administração Pública à disponibilização, como restou estabelecido no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, *in litteris*:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.<sup>163</sup>

Em contrassenso ao que ocorre nos tratamentos experimentais, quanto aos tratamentos ainda não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde, pode o Estado ser compelido à disponibilização destes para cidadãos que assim os pleiteie. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco consignam que

<sup>160</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 718.

<sup>161</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública saúde*: anexo: Marcelo Hoff. Brasília, 2009. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo\\_Hoff.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>162</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública saúde*: anexo: Marcelo Hoff. Brasília, 2009. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo\\_Hoff.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. *STA nº 175 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 24 set. 2014.

[...]o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes; por outro, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Assim, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.<sup>164</sup>

Todavia, embora seja pacífico o entendimento jurisprudencial de que os medicamentos experimentais não estão insertos na norma do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, não é possível compelir o Estado de seu fornecimento, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 368.564/DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário da União Federal, em que se pleiteava cassar a decisão que concedeu a segurança de *writ* que condenou o recorrente a custear tratamento experimental para a cura de *retinose pigmentar* em Cuba.

No feito supramencionado, um grupo de pessoas impetrou mandado de segurança, narrando que são portadoras de uma doença raríssima, chamada *retinose pigmentar*, que leva a perda progressiva da visão. Ocorre que tal enfermidade não porta cirurgia e controle próprios, sem qualquer indicação de cura ou tratamento. Frente a essa realidade, o juízo de primeira instância denegou a ordem, arguindo que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia expediu laudo afirmando que não há nem no Brasil, nem no exterior, tratamento específico para a retinose. Contudo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu a ordem, ao entender que a saúde é direito de todos, e o Estado é o obrigado a fazer valer a letra constitucional, e o direito líquido e certo não pode ficar condicionado a argumentação teórica.

No Supremo, após longo embate entre os Ministros, em que alguns entenderam que o correto era o provimento do recurso extraordinário da União, na medida em que se o próprio Conselho Brasileiro de Oftalmologia afirmou que não existe tratamento, o investimento neste tratamento não resolveria a situação dos impetrantes, e causaria a desigualdade entre as outras pessoas que poderiam ser beneficiadas com a aplicação destes valores em outros seguimentos estatais. Confira-se, trecho dos votos:

[...] Agora, no caso, parece-me que elas não têm direito, por um motivo muito simples. O direito se confere se existe a possibilidade certificada de que há cura, de

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 718.



que há o tratamento, de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu: laudo, parecer, a indicação. E, no caso concreto, há um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, portanto um laudo que é insuspeito, porque não é um laudo de uma entidade vinculada ao Estado, mas de uma entidade especializada, que confere, até mesmo, o título de especialista em oftalmologia, que afirma peremptoriamente que não existe esse tratamento nem aqui, nem em outro lugar.

[...]

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO (RELATOR) – Então, por isso, não tinha necessidade de haver qualquer tipo de restrição e, daí, ele deferiu a ordem para que fosse feito o tratamento.

Eu estava entendendo – reitero esse entendimento, mas estimei o Ministro Marco Aurélio a pedir vista na ocasião – no sentido de que esse reconhecimento do direito líquido e certo depende, efetivamente, da evidência de que existe tratamento, que esse tratamento é eficaz e que, no Brasil, isso não se faz.

Retinose pigmentar não tem tratamento, não tem cura. Isso está em todos os livros de Medicina. Há decisões do Conselho de Oftalmologia e, evidentemente, se não há no Brasil e não há cura, não adianta fazer esse tipo de investimento, porque esse tipo de investimento, ao invés de trazer a igualdade, trata essa desigualdade. Esse foi o fundamento que dei no meu voto, mas estimulando o Ministro Marco Aurélio a pedir vista para poder examinar a matéria.<sup>165</sup>

Contudo, o recurso foi desprovido, prioritariamente, por entender que a saúde deve ser garantida em todos os seus aspectos, propiciando-se todos os tratamentos existentes. Veja-se, neste ponto, parte do voto do Ministro Luiz Fux, que sintetiza o entendimento da Corte:

[...] De sorte que sou muito determinado nessa questão da esperança. Nunca acreditei nessa versão de que a retinose pigmentar, no tratamento de Cuba, não tinha cura. Pelo contrário, eu entendia que, se eles eram especialistas nessa doença, deveria haver uma esperança com relação a essa cura.

E na dúvida entre a esperança do sucesso e o insucesso, fico com a esperança do sucesso, evidentemente. Acho que isso é um direito veiculável por meio de mandado de segurança; é, digamos assim, a função da Corte Suprema tutelar essa dignidade da vida humana, como consectário dela, o direito à prestação da saúde pelo Estado.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. RE nº 368.564/DF. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate

Em contrassenso, quanto aos medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde, inúmeras são as demandas interpostas no país pleiteando tais fármacos. Frente à multiplicidade destas causas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo processamento do Recurso Especial nº 1.102.457/RJ na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Objetiva, o Superior Tribunal de Justiça, uniformizar sua jurisprudência quanto à “relativa à obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”<sup>167</sup>.

Em suma, é possível afirmar que o atendimento integral previsto como diretriz do Sistema Único de Saúde é a obrigatoriedade de se abranger todos os serviços de saúde, em todos os níveis de complexidade, ainda que de elevado custo<sup>168</sup>. Entretanto, tal diretriz não conduz, **em princípio**, ao ônus do Estado disponibilizar ao cidadão tratamentos médicos experimentais, uma vez que o direito a saúde a ser garantido deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa, na medida em que tratamentos aventureiros ou de eficácia duvidosa não se estão englobados

---

e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. *RE nº 368.564/DF*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>167</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Trata-se de recurso especial admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, § 1.º, do CPC, a qual é relativa à obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). Infere-se que até o presente momento o tema supra não foi submetido à Corte nos termos dos arts. 543-C do CPC e 2.º da Resolução/STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008. Dessarte, tendo em vista a multiplicidade de recursos junto ao Tribunal de origem a respeito da questão posta nestes autos, admito o processamento do presente recurso repetitivo, a fim de que a controvérsia seja dirimida no âmbito da Primeira Seção do STJ e, para tanto, determino a adoção das seguintes providências: a) em face da relevância que o tema em foco encerra, oficie-se à União, os Estados e o Distrito Federal, para, querendo, manifestarem-se a respeito, no prazo de quinze dias; b) dê-se vista ao Ministério Público para parecer em quinze dias (art. 3º, II); c) comunique-se, com cópia da presente decisão, aos Ministros da 1ª Seção do STJ e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, nos termos e para os fins previstos no art. 2º, § 2º, da Resolução n. 8/2008; d) suspenda-se o julgamento dos demais recursos sobre a matéria versada no presente apelo nobre, consoante preceitua o § 2º do art. 2º da Resolução/STJ n. 8/2008. *REsp nº 1.102.457/RJ*. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Kleber do Rego Machado. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4533494&num\\_registro=200802570369&data=20090218&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4533494&num_registro=200802570369&data=20090218&tipo=0&formato=PDF)>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>168</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 96.

nesta previsão constitucional<sup>169</sup>.

#### 2.4.3 Da participação comunitária nos serviços de saúde

A terceira e última diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde é a participação dos cidadãos, cuja função precípua é garantir que a participação da população, através de suas entidades representativas, participará do processo de formulação de políticas públicas de saúde e do controle de sua execução<sup>170</sup>.

Atento a esta diretriz, foi criada a Lei 8.142/90 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Logo no início do texto da lei em tela, no artigo 1º foi preconizado o seguinte:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.<sup>171</sup>

Assim, a obrigatoriedade da formação e do funcionamento dos conselhos de saúde tem impulsionado a sociedade a participar dos rumos tomados pelo Sistema Único de Saúde<sup>172</sup>. Neste sentido, o então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, na Audiência Pública da Saúde em 2009, destacou a importância do debate da

<sup>169</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 251.

<sup>170</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>171</sup> BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>172</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *SUS: princípios e conquistas*. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_principios.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

questão orçamentária da saúde e suas prioridades<sup>173</sup>.

Desta forma, resta clarividente, que a função primordial da participação da população no debate da saúde existe para a atualização das necessidades emergenciais da população, a fim de que o Sistema Único de Saúde acompanhe as carências efetivas dos cidadãos em cada região, buscando, em um só tempo, prevenir patologias e curar outras.

## 2.5 Do financiamento do Sistema Único de Saúde

De início, imperioso consignar que o texto do artigo 198, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil aborda a temática do financiamento do Sistema Único de Saúde, estabelecendo que o custeio dos serviços de saúde será efetivado por intermédio de recursos do orçamento da seguridades social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como outras fontes<sup>174</sup>.

Complementando a previsão supramencionada, o §3º, do mesmo artigo 198, da Carta Magna preconizou que os percentuais, critérios de rateio, normas de fiscalização e de cálculo serão estabelecidas por Lei Complementar, reavaliada pelo menos a cada cinco anos.

Entretanto, como aconteceu com diversos dispositivos constitucionais que também preconizam a necessidade de lei regulamentadora, tal norma consubstanciou no Projeto de Lei Complementar nº 01/2003 que ainda encontra-se tramitando perante o Congresso Nacional<sup>175</sup>.

Atento à necessidade de aprovação da lei de diretrizes orçamentárias, o legislador, quando da redação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, preconizou, no artigo 55, a chamada reserva mínima destinada à saúde, cujo percentual é de 30% (trinta por cento) do orçamento, excluída a parte referente ao seguro-desemprego. Nesta esteira, Alexandre de Moraes ressalta:

A EC nº 29, de 13-9-2000, inovou o texto constitucional, consagrando norma instrumental, cuja finalidade é a efetividade do Sistema Único de Saúde, a partir da

<sup>173</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Direito à saúde e distribuição de medicamentos*: Prof. Luís Roberto Barroso em Audiência Pública. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 153, jul./set. 2008.

<sup>175</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PLP 1/2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104342>>. Acesso em: 07 set. 2014.

obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde.

Em seu §§2º e 3º, o art. 198 estabelece as regras a serem aplicadas para a satisfação da nova exigência constitucional.

Salientarmos, ainda, que o descumprimento de aplicação mínima dos percentuais em ações e serviços públicos de saúde possibilita a intervenção federal nos Estados (CF, art. 34, VII, e) e a intervenção estadual nos Municípios (CF, art. 35, III); além de permitir, nos termos art. 160, a possibilidade de suspensão de todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.<sup>176</sup>

Frise-se, por fim, que frente à imprecisão do termo “*ações e serviços de saúde*”, como já comentado neste capítulo, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 322/2003, a fim de evitar que fossem computados aos gastos mínimos com saúde custeios com ações estranhas a essa área<sup>177</sup>.

Contudo, em 2012 foi publicada a Lei Complementar nº 141<sup>178</sup>, de 13 de janeiro de 2012, que “regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências”.

Logo, no tocante ao financiamento dos serviços públicos de saúde, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, é o diploma legal hábil a estabelecer os critérios que devem ser respeitados nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>176</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1917.

<sup>177</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 691.

<sup>178</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2014.

### 3 DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

#### 3.1 Das atribuições dos entes federativos no Sistema Único de Saúde

A Carta Magna de 1988, na redação do *caput* do artigo 1º indicou que o Brasil é uma República Federativa, formada pela junção indissolúvel da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sobre o tema, José Afonso da Silva registra:

Se existe unidade do poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado federal ou Federação de Estados.<sup>179</sup>

Cediço que as características basilares do Estado Federal são: (a) soberania do Estado Federal e autonomia dos Estados-membros; (b) existência de uma Constituição Federal como fundamento de validade das ordens jurídicas; (c) participação dos Estados-membros na vontade federal, por intermédio do Senado Federal; (d) inexistência de direito de secessão, impedindo o desvinculação de qualquer dos Estados em relação à União; (e) a existência de uma Suprema Corte habilitada ao julgamento de possíveis conflitos que existam dentro do cenário nacional; e (f) a repartição de competências prevista constitucionalmente, obstando conflitos e desperdício de esforços e recursos<sup>180</sup>.

Das características supramencionadas, a divisão de competências constitucionais se sobressai das demais na análise do tema proposto, como ressalta Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Adotada a forma federal de Estado, uma das questões que se põe é a da repartição de competências – característica principal do Estado federal – o que ganha especial relevância na área de saúde, quer pela sua importância para as pessoas, quer pela dimensão das ações estatais que o setor naturalmente reclama.<sup>181</sup>

Nesta esteira, muito embora seja sabido que as ações e serviços públicos que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde são de incumbência de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)<sup>182</sup>, cada esfera do governo têm atribuições próprias, seja materialmente, com o poder de edição de normas cujo conteúdo

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 98-99.

<sup>180</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 691.

<sup>181</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 101.

<sup>182</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 103.

cuide de determinados temas, arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil, e só seja de atribuição de determinado ente governamental<sup>183</sup>; seja legislativamente, com a competência legislativa é a possibilidade de regulamentação por intermédio de lei podendo ser privativa de apenas um ente federativo, ou concorrente entre estes<sup>184</sup>.

No concernente ao direito à saúde, a primeira disposição constitucional que trata do tema, sob o enfoque da competência, é o artigo 23, em seu inciso II, que dispõe ser dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “*cuidar da saúde*”, estabelecendo-se, aqui, que os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde<sup>185</sup>.

Em que pese as consequências jurídicas causadas por este dispositivo constitucional, este trabalho se abstém de consignar maiores informações doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta disposição neste momento, uma vez que isto será realizado em momento oportuno.

Após, na redação do artigo 24, inciso XII, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, excluindo da previsão os Municípios, o poder de legislar acerca da defesa da saúde. Sabido que a competência concorrente implica atribuir à União a edição de normas gerais e, aos Estados e ao Distrito Federal o dever de expedir normas complementares<sup>186</sup>.

Entretanto, no caso específico da saúde pública, o legislador originário, no texto do artigo 30, incisos I e II, da Carta Magna, delegou aos Municípios, também, o poder de formular legislações que tratem da temática, na medida em que determinou a competência dos Municípios para legislar acerca de assuntos de interesse local, bem como a suplementação da legislação federal e estadual no que couber. Neste sentido, confira-se os dizeres de Eduardo Braga Rocha sobre o tema:

Diante da técnica da repartição vertical não cumulativa adotada pela Constituição, a União deve se limitar a editar normas gerais, possibilitando, aos Estados a edição de normas complementares, mas é preciso que ressalte que os Municípios também possuem competência para legislar sobre saúde, desde que seja para suplementar a legislação federal e a estadual em prol de interesse predominantemente local (art.

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 501-502.

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 501-502.

<sup>185</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 22, nov. 2008.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 503.

30, I e II, CF/88).<sup>187</sup>

Desta maneira, conforme sintetizaram Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Ainda em relação às competências materiais é possível verificar que nas oportunidades em que a Constituição atribuiu competências materiais simultaneamente a mais de um ente federativo, denominou tais competências de comuns (art. 23). Já quando houve outorga de tais competências legislativas simultaneamente a mais de um ente federativo, essas foram nomeadas concorrentes (art. 24).

Essa exposição tem lugar porque a Constituição brasileira incluiu a saúde no elenco de matérias que constituem objeto tanto de competências materiais como no de legislativas. Do ponto de vista da legislação em saúde, a Constituição Federal estabeleceu uma competência concorrente, assim designada pelo seu art. 24, XII. Não é ocioso destacar que tal dispositivo se refere a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Todavia, preconiza o art. 30, II, também de nossa Lei Maior, que cabe ao Município suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber. No caso, a conjugação das duas disposições conduz à conclusão de que a legislação sobre saúde é competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>188</sup>

Contudo, em que pese todo o supramencionado, as atribuições dos entes federativos não se restringem ao financiamento do Sistema Único de Saúde e a competência legislativa, portando, cada um, atribuições próprias, segundo determina a Lei nº 8.080/90<sup>189</sup>. Destarte, da mesma maneira que a responsabilidade sobre a saúde é dividida entre todas as esferas do governo, o Sistema Único de Saúde também assim se reparte<sup>190</sup>.

Como restou consignado no tópico antecessor, no subitem 2.3.1.1, a diretriz da descentralização norteia o Sistema Único de Saúde, que constitui, segundo reza a redação do artigo 198 da Constituição da República Federativa do Brasil, uma rede *regionalizada e hierarquizada* de serviços da saúde pública. Ocorre que, esta diretriz constitucional estimula novas competências e capacidades políticos-institucionais dos gestores locais, além de gerar a necessidade de meios adequados à gestão de redes assistenciais de caráter regional e macrorregional<sup>191</sup>.

<sup>187</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 104.

<sup>188</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 102.

<sup>189</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>190</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 105.

<sup>191</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *O SUS no seu município: Garantindo saúde para todos*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.pmfi.pr.gov.br/ArquivosDB?idMidia=63581>>. Acesso em: 11 set. 2014.



Neste sentido, necessário registrar, que a expressão *regionalizada*, utilizada no texto do artigo 198 da Carta Magna, indica a necessidade de que haja organização por circunscrições territoriais, as quais, por sua vez, devem levar em conta o dinamismo e a complexidade do sistema, que não raro exige redefinições pontuais<sup>192</sup>. Segundo a Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, vinculada ao Ministério da Saúde,

a rede de serviços, organizada de forma hierarquizada e regionalizada, permite um conhecimento maior dos problemas de saúde da população da área delimitada, favorecendo ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.<sup>193</sup>

Frente à essa ideologia, a Lei 8.080/90, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, preconiza, no Capítulo IV, as competências e atribuições de cada ente federativo, buscando, sempre, maximizar as responsabilidades dos Municípios, donde se vê da comparação dos artigos 16 a 18 da Lei retromencionada.

### *3.1.1 Das atribuições dos Municípios*

No tocante às atribuições dos Municípios Brasileiros na Lei 8.080/90, o artigo 18 enumera suas competências, destacando-se a norma inserida no inciso I, do artigo retromencionado. Por inteligência da redação deste inciso, cabe à direção municipal do Sistema Único de Saúde “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”.

Isto porque o legislador, ciente do interesse na especialização das necessidades básicas locais, buscou atribuir parcela maior de competências aos Municípios, para que, sabendo do que sua população regional necessita, atenda de forma mais efetiva e eficaz os interesses destes. Neste sentido, Julio Cesar de Sá da Rocha consigna:

A importância do Município em matéria sanitária toma corpo com o processo de municipalização dos serviços de saúde. Os Municípios possuem a tarefa de execução, defesa e proteção da saúde, principalmente pelo reconhecimento de que a esfera municipal constitui instância federativa mais próxima do cidadão e base do Sistema Único de Saúde, como pode ser verificado na análise da Lei 8.080/90.<sup>194</sup>

<sup>192</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 83.

<sup>193</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>194</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 42.

Tem-se, pois, que a municipalização das ações e dos serviços de saúde, princípio que possui evidente conexão com a diretriz da descentralização, vem ao encontro da nova posição do município na Federação, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, uma posição de vanguarda e, ao mesmo tempo, de valorização do espaço local e de constitucionalização das regiões<sup>195</sup>.

Neste sentido, a Portaria nº 2.203/1996, expedida pelo Ministério da Saúde, que “redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do Sistema”, aprovando a Norma Operacional Básica nº 1/1996, inseriu dentre suas finalidades:

A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a consequente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

Esse exercício, viabilizado com a imprescindível cooperação técnica e financeira dos poderes públicos estadual e federal, compreende, portanto, não só a responsabilidade por algum tipo de prestação de serviços de saúde (Artigo 30, inciso VII), como, da mesma forma, a responsabilidade pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda das pessoas pela assistência à saúde e às exigências sanitárias ambientais (Artigo 30, inciso V).

**Busca-se, dessa forma, a plena responsabilidade do poder público municipal.**

Assim, esse poder se responsabiliza como também pode ser responsabilizado, ainda que não isoladamente. Os poderes públicos estadual e federal são sempre co-responsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal (inciso II do Artigo 23, da Constituição Federal). Essa responsabilidade, no entanto, não exclui o papel da família, da comunidade e dos próprios indivíduos, na promoção, proteção e recuperação da saúde.

**Isso implica aperfeiçoar a gestão dos serviços de saúde no país e a própria organização do Sistema, visto que o município passa a ser, de fato, o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde do seu povo e das exigências de intervenções saneadoras em seu território.**

[...]

#### 4. SISTEMA DE SAÚDE MUNICIPAL

**A totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município - o SUS-Municipal - voltado ao atendimento integral de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional.**

[...]

<sup>195</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 106.

Isso significa dizer que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Assim, nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal.

**A criação e o funcionamento desse sistema municipal possibilitam uma grande responsabilização dos municípios, no que se refere à saúde de todos os residentes em seu território.** No entanto, possibilitam, também, um elevado risco de atomização desordenada dessas partes do SUS, permitindo que um sistema municipal se desenvolva em detrimento de outro, ameaçando, até mesmo, a unicidade do SUS. Há que se integrar, harmonizar e modernizar, com equidade, os sistemas municipais.

**A realidade objetiva do poder público, nos municípios brasileiros, é muito diferenciada, caracterizando diferentes modelos de organização, de diversificação de atividades, de disponibilidade de recursos e de capacitação gerencial, o que, necessariamente, configura modelos distintos de gestão.**<sup>196</sup>

Assim, como restou estabelecida na própria redação supratranscrita, o objetivo da municipalização dos serviços e, conseqüentemente, das responsabilidades nas áreas de saúde foram transferidas aos Municípios por inteligibilidade do controle das necessidades locais. Deste modo, é possível aferir que a Portaria n° 2.203/96 instituiu a Norma Operacional Básica do SUS, reiterando que os Municípios passariam a concentrar a responsabilidade imediata pelo atendimento às necessidades de saúde “do seu povo”, o que dá a entender que cada eventual usuário deveria contar com os serviços proporcionados por seu Município<sup>197</sup>.

Seguindo esta esteira, a Portaria n° 1.286/93, expedida pelo Ministro da Saúde, determina ser de competência primária dos Municípios a gestão e execução dos serviços públicos de saúde, sendo que os Estados também possuem tais funções, em caráter supletivo, *in verbis*:

Considerando que, a partir da Constituição Federal (artigo 30, inciso VII) e da Lei Orgânica da Saúde (artigo 18, inciso I, e artigo 17, inciso III) compete prontamente ao Município e, supletivamente, ao Estado, gerir e executar serviços públicos de atendimento à saúde da população, podendo, quando as suas disponibilidades forem

<sup>196</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria n° 2.203, de 05 de novembro de 1996*. Aprova, nos termos do texto anexo a esta Portaria, a NOB 1/96, a qual redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do Sistema. Brasília 1996. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>197</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

insuficientes para garantir a cobertura assistencial necessária, recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada;<sup>198</sup>

Dentro desse contexto, é possível surgirem algumas conjecturas acerca da validade da municipalização quando em algum Município os bens sejam de outras esferas do governo. Contudo, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior resolvem a questão da seguinte forma:

Esse processo de municipalização indica, em última análise, que a tarefa de gestão dos serviços dirigidos à população deve ser realizada pelo Município mesmo em relação a equipamentos de outras esferas pelo Município, mesmo em relação a equipamentos de outras esferas do Poder Público e aos pertencentes à iniciativa privada (prestadores do SUS mediante convênio ou contrato administrativo). Logo, incrementar-se esse processo de descentralização significa, por exemplo, passar para a gestão do Município hospitais e postos estaduais e federais. Neste caso, as unidades continuam na propriedade dos demais entes da Federação, mas sob o comando do gestor municipal do SUS. Com relação aos prestadores privados, a relação com o sistema deve dar-se também por meio do Município, que, como apontado, assume a responsabilidade de garantir o atendimento integral à população.<sup>199</sup>

Do exposto, resta clarividente, que o processo de descentralização da saúde auxilia na resolução dos problemas locais<sup>200</sup>, porquanto o Brasil tem uma população estimada em 201.032.714 habitantes<sup>201</sup>, espalhados nos 5.570 municípios<sup>202</sup> existentes em todo o território brasileiro. Logo, há diversas necessidades locais e regionais, as quais devem abranger largo leque de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação, devendo, até mesmo pelas peculiaridades epistemológicas existentes em cada região brasileira, sendo criadas políticas públicas que possuam maior grau de eficácia.

### 3.1.2 Das atribuições dos Estados

No que concerne às atribuições dos estados brasileiros para a implementação dos programas de saúde pública, a Lei 8.080/90, nos incisos do artigo 17, aborda o tema. À luz do

<sup>198</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 1.286, de 26 de outubro de 1993*. Dispõe sobre a explicitação de cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, o Distrito Federal e o Municípios e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde. Brasília, 1993. Disponível em: <[http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/legislacao/arquivo/19\\_Portaria\\_1286\\_de\\_26\\_10\\_1993.pdf](http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/legislacao/arquivo/19_Portaria_1286_de_26_10_1993.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>199</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 86.

<sup>200</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 112.

<sup>201</sup> ABDALA, Vitor; GIRALDI, Renata. *Brasil tem mais de 200 milhões de habitantes, segundo IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-29/brasil-tem-mais-de-200-milhoes-de-habitantes-segundo-ibge>>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>202</sup> PORTAL BRASIL. *Cresce número de municípios no Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/cresce-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>>. Acesso em: 13 set. 2014.

que restou expresso no subtópico supra, a preocupação maior da Lei retomada foi, a todo tempo, destacar a regionalização dos serviços como corolário da descentralização dos serviços de saúde.

Nesta esteira, aos Estados, por sua vez, incumbe, segundo consta do artigo 17, incisos I e III, da Lei 8.080/90, “promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde”, além de “prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde”. Assim, Germano Schwartz sintetiza:

À direção estadual do SUS, através da respectiva Secretaria de Estado – onde o responsável (gestor) será o Secretário de Saúde do Estado – compete o estabelecido pelo art. 17 da Lei 8.080/90, como, por exemplo, promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde.<sup>203</sup>

Entretanto, muito embora aparente que a única função dos estados seja fomentar a descentralização dos serviços aos Municípios e complementar as ações que os últimos não se desincumbiram, os estados também possuem função de grande relevância quando analisada a redação da Portaria nº 341/2001, do Ministério da Saúde, que, dividindo competências entre Estados e Municípios, reafirmam o encargo destes últimos para o fornecimento da generalidade dos medicamentos, enquanto aos Estados incumbiria distribuir remédios de cunho excepcional listados especificamente<sup>204</sup>. Confirma-se:

Art. 2º - Determinar que sejam utilizados, para dispensação dos medicamentos excepcionais, os critérios de diagnóstico, indicação e tratamento, inclusão e exclusão, esquemas terapêuticos, monitorização/acompanhamento e demais parâmetros contidos nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pela Secretaria de Assistência à Saúde/SAS para os medicamentos excepcionais, que têm caráter nacional.

§ 1º - Aqueles medicamentos excepcionais cujo Protocolo e Diretrizes Terapêuticas não tenha ainda sido estabelecido em caráter nacional pela Secretaria de Assistência à Saúde, deverão ser dispensados de acordo com os respectivos critérios técnicos definidos pela Secretaria de Saúde dos estados e do Distrito Federal, até a edição do pertinente Protocolo.

§ 2º - Em qualquer hipótese, as Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal e, eventualmente, dos municípios, que estejam encarregadas da aquisição/dispensação de medicamentos excepcionais, deverão pautar a aquisição/dispensação destes medicamentos pela observância dos princípios de equidade e universalidade e ainda levar em conta neste processo os princípios da economicidade das ações e custo-benefício dos tratamentos/medicamentos na seleção/aquisição/dispensação dos mesmos.<sup>205</sup>

<sup>203</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 104.

<sup>204</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>205</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 341, de 22 de agosto de 2001*. Define, para o Grupo 36 - Medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde -

Em termos operacionais, os recursos orçamentários que servirão para custear a aquisição de Medicamentos Excepcionais serão transferidos pelo Ministério da Saúde aos estados, de forma mensal e antecipada. Após, os estados, sob à égide de seu planejamento que visa atender as necessidades de sua população regional, adquirirá os fármacos e controlará a distribuição e o estoque destes<sup>206</sup>. Em termos operacionais, os recursos para a aquisição de Medicamentos Excepcionais são transferidos pelo Ministério da Saúde aos Estados todos os meses e de forma antecipada. Os Estados planejam a aquisição a partir das necessidades da população, adquirem os medicamentos e controlam a distribuição e os estoques.

No tocante às atribuições dos Municípios Brasileiros na retomada, o artigo 18 enumera suas competências. Destaca-se, contudo, a norma inserida no inciso I, do artigo retomado. Por inteligência da redação deste inciso, cabe à direção municipal do Sistema Único de Saúde “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”.

Frise-se, neste ponto, que frente ao objetivo descentralizador da promoção, proteção e recuperação da saúde, a possibilidade de gestão municipal, também, nos tratamentos excepcionais de alto custo, conforme registrou o Conselho Nacional de Secretários de Saúde, ligado ao Ministério da saúde, *in litteris*:

E entre as competências das Secretarias Estaduais de Saúde, “promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde” (Art. 17, Inciso I), ou seja, sempre que possível, de acordo com sua abrangência, os serviços de saúde devem ser municipalizados ou estadualizados. Podemos deduzir, assim, que todos os serviços de saúde de caráter local, isto é, que atendam apenas à população do próprio município, devem ser municipalizados, mesmo que envolvam atendimentos de média e alta complexidade. Por outro lado, os serviços de saúde de referência regional ou estadual (que podem ser subentendidos como aqueles de média ou alta complexidade) estão, a princípio, na abrangência da esfera estadual.

Entretanto, se pactuado entre todos os municípios de sua área de abrangência e a Secretaria Estadual, a gerência e gestão do serviço de referência em média e alta complexidade pode ser repassada ao município em que se localiza ou a consórcios municipais. Esta última configuração também é prevista na Lei (Art. 10), determinando que os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.<sup>207</sup>

Por fim, cabe à direção estadual do Sistema Único de Saúde, de acordo com o

---

SIA, a forma e a redação estabelecidas no Anexo desta Portaria. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2001/PT-341.htm>>. Acesso em: 14 set. 2014.

<sup>206</sup> PREFEITURA DE NITERÓI. *Saúde*: lista de medicamentos da rede de saúde de Niterói: atenção básica. Disponível em: <[http://www.saude.niteroi.rj.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=105&Itemid=75](http://www.saude.niteroi.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=105&Itemid=75)>. Acesso em: 14 set. 2014.

<sup>207</sup> CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 25-26.

inciso IX, do artigo 17, da Lei 8.080/90, “identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional”. Tal função tem gênese na obrigação do Estado em prestar auxílio não apenas aos tratamentos de alta complexidade, que muito embora seja coordenados e definidos pela União, devem ser gerenciados pelos estados.

Do exposto nas linhas antecedentes, se verifica que aos estados cabe a descentralização administrativa dos serviços de saúde, frente à sabida diversidade regional brasileira, que possui ligação direta com os perfis epidemiológicos, motivo de profunda preocupação do legislador, que sempre atento a esta característica, busca a municipalização dos tratamentos médico-hospitalares, inclusive os de alta complexidade e valor.

### 3.1.3 Das atribuições da União

Finalmente, em relação a direção nacional do Sistema Único de Saúde representada pelo Ministério da Saúde, cujo gestor é, de certo, o Ministro da Saúde, compete as matérias elencadas no texto do artigo 16 da Lei 8.080/90, cujas incumbências destaques, pode-se citar, o dever de participar da formulação e implementação das políticas de saúde, o impulso na descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde<sup>208</sup> e, por fim, a definição e coordenação das redes integradas de assistência de alta complexidade.

Neste ponto, insta discorrer algumas linhas acerca da hierarquização dos serviços e ações públicas de saúde. Cediço, que de acordo com o artigo 198 da Constituição da República Federativa do Brasil, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede hierarquizada que constitui o Sistema Único de Saúde.

Sobre o tema, imperioso destacar, logo de início, que as Organizações Mundial de Saúde e Panamericana de Saúde recomendam a estruturação dos serviços de saúde em três distintos níveis de atenção, quais sejam: o primário, o secundário e o terciário<sup>209</sup>, que, segundo Paulo Eduardo Elias, podem ser conceituadas da seguinte maneira:

O nível primário é aquele onde estão os equipamentos com menor grau de incorporação tecnológica do sistema (os equipamentos de geração tecnológica mais antiga, tais como aparelhos básicos de raios X, sonar e eventualmente ultra-som). A

<sup>208</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 104.

<sup>209</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, NUNES Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 83.

capacitação de pessoal para este nível apresenta necessidades de uma formação geral e abrangente para atender os eventos mais prevalentes na população (os problemas de saúde mais frequentes) e no caso dos médicos são os médicos de família e os clínicos gerais. Estima-se que entre 85% a 90% dos casos demandados à atenção primária são passíveis de ser resolvidos neste nível da atenção.

Ao nível secundário cabem os equipamentos com grau intermediário de inovação tecnológica (tais como aparelhos de RX com alguma sofisticação, ecocardiógrafo, ultra-som de geração mais nova, aparelhos para endoscopia) e a capacitação de pessoal e, em particular a dos médicos, situa-se em áreas especializadas originárias (clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetria, pediatria) e outras tais como oftalmologia e psiquiatria. Essas especializações, no caso dos médicos, requerem dois a três anos após a graduação para atingir a formação que se realiza por meio da Residência Médica. Os serviços de atenção secundária devem estar aparelhados com pessoal e equipamentos para atender às situações que foram encaminhadas pelo nível primário.

O nível terciário concentra os equipamentos com alta incorporação tecnológica, aqueles de última geração e, portanto, mais caros (tais como Ressonância Magnética e PET Scan) e o pessoal que trabalha necessita de formação especializada mais intensiva, no caso dos médicos até em áreas superespecializadas (neurocirurgia, cirurgia de mão, nefrologia pediátrica, cancerologia, dentre outras) que demandam de três a cinco anos de Residência Médica para obter a capacitação. O nível terciário deve estar aparelhado para atender a situações que o nível secundário não conseguiu resolver e eventos mais raros ou aqueles que demandam assistência deste nível do sistema.<sup>210</sup>

Assim, a hierarquização dos serviços de saúde implica na divisão em níveis de complexidade crescente, daí a existência das redes de atenção básica, de atenção de média complexidade e de atenção de alta complexidade<sup>211</sup>. Deste modo, com a hierarquização das ações e serviços de saúde, de acordo com Marlon Alberto Weichert, cria-se

uma espécie de pirâmide de serviços primários e de baixa complexidade em todas as localidades (tarefa primordial dos Municípios) e, conforme a extensão geográfica e a densidade populacional, sucessivamente, serviços de média e alta complexidade. Não há, efetivamente, necessidade de grande número de hospitais de alta complexidade, ou seja, de Municípios os manterem, sendo esta tarefa mais afeta aos Estados, que têm o domínio regional da situação da saúde. Fundamental, porém, é que esses serviços estaduais estejam em harmonia, integrados, com os serviços municipais de atendimento primário e de baixa complexidade, de modo a racionalizar os custos sem prejudicar os usuários.<sup>212</sup>

Destarte, a hierarquização, como assinalado nos trechos antecedentes, organiza os serviços de saúde, partindo-se das ações de atenção básica, comuns a todos os Municípios, passando pela assistência de média e alta complexidade, já centralizadas em Municípios de

<sup>210</sup> ELIAS, Paulo Eduardo. *Disciplina de Atenção Primária à Saúde I*: MSP 0670/2011: Sistemas de Saúde. Disponível em: <<http://www2.fm.usp.br/cedem/did/atencao/Texto01.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

<sup>211</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 91.

<sup>212</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165.



maior porte, para alcançar então os serviços de grande especialização<sup>213</sup>.

Ocorre que, a Lei 8.080/90 determinou ser de competência da União, por intermédio de sua direção nacional do Sistema Único de Saúde, definir e coordenar os sistemas de assistência de alta complexidade, ou seja, o nível terciário de auxílio à saúde, cujos procedimentos ambulatoriais e hospitalares encontram-se descritos na Portaria SAS/MS nº 968, de 11 de dezembro de 2002<sup>214</sup>. Contudo, como registrado no subtópico antecedente, cabe à direção estadual do Sistema Único de Saúde, de acordo com a redação do artigo 17, inciso IX, da Lei 8.080, a gestão de tais serviços públicos de alta complexidade, uma vez que o objetivo do Sistema é a busca incessante de atendimento da saúde, em sua máxima eficácia, com o respeito aos perfis epidemiológicos regionais.

Do exposto, imperioso sintetizar as atribuições dos entes federativos, à égide da Lei 8.080/90, utilizando das palavras de Luis Roberto Barroso:

Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. [...] Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente.<sup>215</sup>

Contudo, em total discrepância às normas regulamentares supramencionadas encontra-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na medida em que desconsideram a organização disposta pela Lei 8.080/90 e determinam a solidariedade de todos os entes no fornecimento de médica, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

### 3.2 Da solidariedade passiva dos entes federativos

De início, necessário tecer considerações acerca da judicialização da saúde no Brasil. Conforme registrado no capítulo 1, no subitem 1.3.1, cediço que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 38-39.

<sup>214</sup> CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 19.

<sup>215</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 23, nov. 2008.

sociedade brasileira<sup>216</sup>. Como também consignado nas linhas antecedentes, com o Estado Democrático de Direito a implementação dos direitos fundamentais torna-se uma consequência<sup>217</sup>.

Ocorre que, frente ao movimento de redemocratização que o Brasil estava vivenciando, muitos direitos foram assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil. Confirmando as considerações retromencionadas, encontra-se os apontamentos realizados por Ingo Wolfgang Sarlet:

No que concerne ao processo de discussão oportunizado com a elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.

[...]

Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado – apenas para citar as mais conhecidas – das Constituições de Portugal (298 artigos) e da Índia (395 artigos). Este cunho analítico e regulamentarista reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.

O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional destes.

De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorrida, ainda marcadamente, dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes

<sup>216</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2014.

<sup>217</sup> ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. Judiciário e políticas públicas: a concretização dos direitos fundamentais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19, abr. 2010.

de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos.<sup>218</sup>

Dentre todos os direitos assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil, há algum tempo o direito à saúde vem se destacando. Isto porque, segundo Marcos Maselli Gouvêa,

Ao longo dos anos noventa, foi-se tornando cada vez mais frequente a propositura de ações judiciais visando ao fornecimento de remédios necessários à terapêutica da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e de outras doenças, especialmente daquelas que representam ameaça à vida, tais como a fenilcetonúria (doença do pezinho), o câncer, a cirrose, a doença renal crônica e a esclerose lateral amiotrófica (ELA). [...]

Num primeiro momento, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, do fornecimento de medicamentos para o combate à AIDS. Tinham por fundamento normativo o art. 196 do Texto Maior, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado", e eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos.<sup>219</sup>

Este cenário se deu frente à pandemia que o vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) desenvolveu, ao longo dos anos 80. Para se ter noção da gravidade que o vírus causou, necessário consignar que ainda no prelúdio dos mesmos anos 80, a doença já tinha aniquilado 89% (oitenta e nove por cento) dos hemofílicos dos Estados Unidos da América<sup>220</sup>. No Brasil a realidade não é deveras diferente. Até setembro de 2001, de acordo com os dados do Boletim Epidemiológico (Set/2002) da CN-DST/AIS – Coordenação Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS – o número de casos de AIDS notificados no Brasil era de 222.356 (duzentas e vinte e duas mil trezentos e cinquenta e seis) pessoas acumulados desde 1980.

Diante desta realidade, a população infectada pelo vírus, propôs diversas demandas, perante os Juízos espalhados por todo o território brasileiro, pleiteando os medicamentos que visavam tratar da doença. Neste sentido, em 12 de setembro de 2000, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgou o emblemático Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. No processo, o Município de Porto Alegre interpôs agravo regimental contra decisão monocrática exarada pelo Ministro Relator que não havia conhecido do recurso extraordinário interposto pelo

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63-65.

<sup>219</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>220</sup> AXT, Bárbara. *25 anos de Aids*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/25-anos-aids-446270.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

agravante, mantendo, assim, o acórdão emanado do Tribunal de Justiça local que, frente à redação do artigo 196 da Carta Magna, determinou ao Município de Porto Alegre solidariamente ao Estado do Rio Grande do Sul, fornecer, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS do agravado. No julgamento do Agravo, o acórdão restou assim ementado:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>221</sup> (grifo nosso)

O caso do vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) inaugurou a nova fase de Judicialização da Política no Brasil, na medida em que abriu às portas do Judiciário para

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário. PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. *RE nº 271.286 AgRg/RS*. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+271286%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>>. Acesso em: 03 maio 2014.

pleitos diversos em que se buscava, segundo os requerentes, assegurar-lhes o direito à saúde, como corolário de uma vida digna, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ocorre que tais demandas são sustentadas, como supracitado, na disposição constante do artigo 196 da Carta Magna, que determina ser a saúde “*direito de todos e dever do Estado*”, e aqui origina-se o grande questionamento dessas ações judiciais, qual seja: quem é o *Estado* à que se refere no dispositivo retromencionado? E esse *Estado* é o mesmo que deve dispor dos medicamentos e tratamentos médicos nesses feitos?

Segundo restou firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192-3/RS, a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. **Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.**<sup>222</sup> (grifo nosso)

Deste modo, a Corte Suprema entende ser solidária a responsabilidade dos entes federativos ao fornecimento estatal de medicamentos aos particulares, sob o argumento de que deve prevalecer o interesse público e do doente<sup>223</sup>. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal aproveita do argumento utilizado no Agravo de Instrumento nº 822.882/MG<sup>224</sup>, em

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. *RE nº 195.192/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+195192%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+195192%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/ado5gep>>. Acesso em: 21 set. 2014.

<sup>223</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>224</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de

que entendeu que o “fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Neste mesmo sentido encontra-se firmada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, como se extrai dos julgados desta Corte Superior, manifesta-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes governamentais. Desta forma, cumpre trasladar trecho da ementa do Recurso Especial nº 507.205/PR, *in verbis*:

3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.<sup>225</sup>

Assim, resta firme na jurisprudência pátria a solidariedade dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos buscados em via judicial. Inclusive, frente ao entendimento da responsabilidade comum, entende também os órgãos do Judiciário, ser opção do demandante a composição do polo passivo destes feitos, podendo, deste modo, ajuizar a ação contra um, contra alguns ou contra todos os entes federativos. Confira-se, neste sentido, o consignado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.274/MG:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

peças hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental a que se nega provimento. *AI nº 822.882 AgR/MG*. Primeira Turma. Agravante: Município de Uberaba. Agravado: Luzia Lopes Faria. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+822882%2E+NUM%2E%29+OU+%28AI%2E+ACMS%2E+ADJ2+822882%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/k69gakh>>. Acesso em: 21 set. 2014.

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda 5. Recurso especial desprovido. *REsp nº 507.205/PR*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Ancelmo Lissoni. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 07 de outubro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=958970&num\\_registro=200300097763&data=20031117&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=958970&num_registro=200300097763&data=20031117&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 21 set. 2014.

EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.<sup>226</sup>

Necessário, aqui, ressaltar que as Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento quanto à responsabilidade solidária dos entes federados nas causas que versem fornecimento de fármacos. Neste sentido, transcreva-se trecho da decisão constante no Recurso Especial nº 1.144.382/AL, em que restou entendido:

As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que a União, os Estados e os Municípios têm responsabilidade solidária quanto ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, podendo qualquer deles figurar no pólo passivo das demandas que tratam do fornecimento de medicamentos.<sup>227</sup>

Seguindo este entendimento, a própria Defensoria Pública da União apresentou Proposta de Súmula Vinculante nº 4, que visa a edição de súmula vinculante que torne expressa a responsabilidade solidária dos entes da federação nas ações que concernem pedidos de medicamentos. Todavia, a proposta encontra-se sobrestada até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN<sup>228</sup>, pelo entendimento do Ministro Ricardo

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. 2. Ressalva da posição pessoal em sentido contrário, manifestada em voto proferido na 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 88975/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22/10/2007). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. ARE nº 803.274 AgR/MG. Segunda Turma. Agravante: Município de Uberlândia. Agravado: Olivia Maria de Andrade. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+803274%2ENUM%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+803274%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q8qoctv>>. Acesso em: 21 set. 2014.

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que a União, os Estados e os Municípios têm responsabilidade solidária quanto ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, podendo qualquer deles figurar no pólo passivo das demandas que tratam do fornecimento de medicamentos. Nesse sentido, o AgRg no REsp nº 1.102.254, RS, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dje de 30.08.2013 e o AgRg no REsp nº 1.306.865, PI, Relator o Ministro Castro Meira, Dje de 02.08.2013. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial. REsp nº 1.144.382/AL. Primeira Turma. Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: J B DA S. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 27 de junho de 2014. Disponível: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32130790&num\\_registro=200901119486&data=20140804&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32130790&num_registro=200901119486&data=20140804&tipo=0&formato=PDF)>. Acesso em: 21 set. 2014.

<sup>228</sup> OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da federação no fornecimento de medicamentos. *Revista Direito e Justiça*: Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, v.36, n.1, p. 38, jan. / jun. 2010.

Lewandowski da importância daquele para a análise da Proposta de Súmula Vinculante.

Contudo, o que se vê do exposto é uma total subversão das normas de organização do Sistema Único de Saúde, na medida em que há uma estruturação para o dito Sistema, que deve ser pautada nas atribuições constantes dos artigos 16 a 19 da Lei 8.080/90, em que define as competências de cada ente federativo dentro desta organização governamental de saúde pública.

Assim, serão demonstrados a seguir os argumentos favoráveis e os contrários à solidariedade passiva da União nas ações que versem medicamentos e tratamentos médicos no Brasil, a fim de comprovar que, em que pese toda a jurisprudência pátria encontrar-se firmada no sentido da legitimidade de todos os entes federativos nas ações de medicamentos, tal posicionamento merece ser reformado, ou no mínimo analisado mais detidamente, para que crie bases argumentativas calcadas na Lei e não no mero risco de morte dos demandantes e o espírito de compaixão que triunfa o Judiciário quando da análise dessas ações.

### *3.2.1 Dos argumentos favoráveis à solidariedade passiva da União nas ações de medicamentos*

Como dito nas linhas precedentes, a jurisprudência brasileira encontra-se assente no sentido de que o dever de assegurar a saúde à população é solidário entre os entes federativos. Este pensamento baseia-se, precipuamente, pela disposição contida na norma do artigo 23, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “*cuidar da saúde*”.

Sabido que a competência comum originou-se da ideologia do *federalismo cooperativo*, que surgiu com a crise econômico-social americana do fim dos anos 30 do século XX, denominada Grande Depressão. A respeito do tema, Sueli Gandolfi Dallari registra:

É claro que, quando se considera o federalismo dual clássico, a busca de precisão dos limites da competência própria a cada esfera não faz qualquer diferença entre aquelas hoje conhecidas como “privativas” e “exclusivas”. Não há interesse, para a teoria clássica, em tal distinção, uma vez que todas as atribuições eram privativas e exclusivas do nível de governo para quem foram constitucionalmente destinadas. A complexidade da vida social, todavia, gerou reflexos nos documentos políticos dessas sociedades. E, em se tratando de federalismo, talvez o exemplo mais esclarecedor dessa mudança tenha sido a crise econômico-social do fim dos anos trinta do século vinte: a Grande Depressão.



Forçados pela realidade social, os três ramos do poder da União estadunidense adotaram o programa chamado New Deal. A partir dele começa a construção teórica do “federalismo cooperativo”. Passam a existir atribuições que não são mais exclusivas de cada esfera de governo. Supondo a generalização doutrinária possível, pode-se afirmar que os autores contemporâneos concordam essencialmente com a existência – no federalismo de cooperação – de campos específicos para a atuação de cada nível de poder político. Isto não quer significar impossibilidade de ação conjunta. Bem ao contrário. A cooperação definiu o que se convencionou denominar competência concorrente e comum.<sup>229</sup>

Deste modo, muitos consideram que outra não pode ser a conclusão senão a de que a Constituição da República Federativa do Brasil, em matéria sanitária, não isentou qualquer esfera de poder política da obrigação de proteger, defender, e cuidar da saúde, sendo, pois, responsabilidade comum de todos os entes federados a saúde e sua prestação à população<sup>230</sup>. Em consonância com este pensamento, Cíntia Lucena, averba que

a obrigação para o auxílio aos doentes não é, nem de longe, somente da União, mas difusa entre todos os componentes da federação, e o fato de um destes omitir-se perante eu dever legal, não exclui a responsabilidade dos demais. *Equivale-se dizer que são “deveres solidários” da população carente de assistência, in casu, à saúde.*<sup>231</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é vasta no reconhecimento da solidariedade passiva de todos os entes nas ações que versem medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares. Confira-se, neste ponto, trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381/SC:

A *ultima ratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para prevenção de doenças, principalmente quando se verifica ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento.

Da mesma forma, os artigos 23, II, e 198, §2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: HUCITEC, 1995. p. 37-38.

<sup>230</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: HUCITEC, 1995. p. 42.

<sup>231</sup> LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 261.

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que

Comungando do entendimento, Eduardo Braga Rocha consigna:

A Constituição também destaca que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde (art. 23, II), e, portanto, a responsabilidade de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício deste direito fundamental social recai sobre todos os referidos entes da Federação, indistintamente, o que enseja a existência de uma responsabilidade solidária. Ora, quando a Constituição (art. 196) e a Lei nº 8.080/90 (art. 2º, caput e §1º) proclamam que a saúde é um dever do Estado, na verdade esta expressão está sendo empregada em sentido amplo, referindo-se a todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo importante reiterar que todos estes entes fazem parte da composição do Sistema Único de Saúde.<sup>233</sup>

Ademais do mencionado, outro também é o argumento utilizado pelos Tribunais Superiores para asseverar a solidariedade passiva dos entes federados nestes feitos, qual seja: a composição do Sistema Único de Saúde. Os defensores desta corrente, sustentam que o funcionamento do Sistema se faz com a presença de todos os entes federativos, não sendo, pois, plausível outro entendimento senão o da solidariedade dos entes quando do fornecimento de medicamentos. Confira-se, aqui, parte do acórdão do Recurso Especial nº 656.979/RS:

3. A Lei Federal n.º 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado.
4. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves.
5. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.<sup>234</sup>

---

demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. *RE nº 607.381/SC*. Primeira Turma. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>233</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 104.

<sup>234</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO OU CONGÊNERES. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. 1. Em sede de recurso especial, somente se cogita de questão federal, e não de matérias atinentes a direito estadual ou local, ainda mais quando desprovidas de conteúdo normativo. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva do Município para figurar em demanda judicial cuja pretensão é o fornecimento de prótese imprescindível à locomoção de pessoa carente, portadora de deficiência motora resultante de meningite bacteriana. 3. A Lei Federal n.º 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 4. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito

Extraí-se, portanto, que este argumento possui raízes no funcionamento do Sistema Único de Saúde, asseverando que se os três entes federativos integram o Sistema Único de Saúde, qualquer um deles, ou todos juntos podem compor o polo passivo de ações que visem fármacos ou tratamentos médico-hospitalares<sup>235</sup>.

Por fim, o último argumento que cumpre colacionar, baseia-se na mais comum das justificativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, que diz respeito ao “*espírito de solidariedade*” que deve fazer-se presente nessas demandas. De acordo com essa base teórica, o argumento de ilegitimidade ou da colegitimidade, com a consequente necessidade de se

---

Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves. 5. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda. 6. Recurso especial improvido. *REsp nº 659.979/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Nathalya Werlang. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1572924&num\\_registro=200400564572&data=20050307&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1572924&num_registro=200400564572&data=20050307&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>235</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ. 2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios”, e “o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional”, razão por que “o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida” (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011). Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. *REsp nº 1.203.244/SC*. Primeira Seção. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Eliane Teske. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 09 de abril de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29496813&num\\_registro=201001375288&data=20140617&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29496813&num_registro=201001375288&data=20140617&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 28 set. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental a que se nega provimento. *AI nº 822.882 AgR/MG*. Primeira Turma. Agravante: Município de Uberaba. Agravado: Luzia Lopes Faria. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+822882%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+822882%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k69gakh>>. Acesso em: 21 set. 2014.

chamar ao processo todos os legitimados passivos, é apenas uma *entrave jurídica* criada para postergar o cumprimento do dever fundamental de prestação da saúde, devendo os entes, ao revés, cumprir de pronto as decisões e só depois buscar o ressarcimento das quantias despendidas.

Este fundamento encontra fundamento na integração cooperativa de todos os entes federativos na concretização do direito fundamental à saúde<sup>236</sup>. Neste sentido, insta reproduzir o voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento do já citado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381/SC:

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, e quem procura a tutela estatal para receber medicamentos está, via de regra, padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito do requerente.

Por isso, face a gravidade que representa para quem necessita do amparo do poder público para o fornecimento de remédios, a questão deve ser sopesada com o espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando-se desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.<sup>237</sup>

De todo o supramencionado, se verifica que a jurisprudência brasileira, entende por pacífica a questão da solidariedade passiva dos entes federados nas ações de medicamentos. Contudo, seus argumentos sequer perpetram o campo da interpretação constitucional do Sistema Único de Saúde, não analisando, também, os princípios e as diretrizes do Sistema, bem como desrespeitando, ou no mínimo ignorando, a organização e a

<sup>236</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 102-103.

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. *RE nº 607.381/SC*. Primeira Turma. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 22 set. 2014.

estruturação que se dá no Sistema Único de Saúde, pautando suas decisões na literalidade da Constituição, quando a literalidade da própria Carta limitaria a atuação do Judiciário.

Deste modo, no próximo, e último, subtópico serão analisados os argumentos contrários à solidariedade passiva da União nos feitos em análise.

### *3.2.2 Dos argumentos contrários à solidariedade passiva da União nas ações de medicamentos*

No decorrer desta monografia, foi realizada a análise minuciosa do direito à saúde, tanto em sua disposição constitucional, com a devida apreciação das diretrizes, princípios e objetivos do Sistema Único de Saúde, como das previsões infraconstitucionais e infralegais sobre a temática.

Como asseverado, o direito à saúde encontra previsão constitucional na norma inserta o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que preconiza ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”. Tal disposição é complementada no artigo 198 da mesma Carta Magna, cujo texto prevê que as “ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o sistema único”, em que a primeira diretriz prevista no inciso I, do dito artigo 198, é a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”.

Restou ventilado, também, que a diretriz da descentralização da gestão do sistema implica na transferência de poder de saúde do nível Federal (Ministério da Saúde), para o Estados (Secretarias Estaduais de Saúde) e Municípios (Secretarias Municipais de Saúde)<sup>238</sup>. Como foi igualmente registrado, a descentralização ocorre por ser o Município o ente federado ideal para a prestação e o desenvolvimento dos serviços e das ações de saúde, sendo, pois, maior sua responsabilidade<sup>239</sup>, fato comprovado pela extensa lista de atribuições que lhe foram concebidas na Lei 8.080/90.

Assim, seguindo o modelo federalista, cada ente do governo possui sua função dentro do Sistema Único de Saúde, a fim de se atingir o ideal conseqüente disposto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Deste modo, sendo o Brasil uma República Federativa e, partindo-se da premissa de que a forma federal de Estado constitui, na

<sup>238</sup> TEIXEIRA, Carmem. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <[http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCÍPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCÍPIOS_DO_SUS.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2014.

<sup>239</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *SUS: princípios e conquistas*. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_principios.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

verdade, um mecanismo de divisão espacial do poder, em que cada ente estatal possui atribuições distintas<sup>240</sup>, inadmissível se aferir que todos tenham as mesmas competências, por clara afronta ao modelo organizacional em voga no Brasil.

Frente a este modelo, a legislação básica do Sistema Único de Saúde – SUS, confere competências próprias à cada ente federativo na Lei 8.080/90 em que, como esmiuçado meticulosamente nas linhas anteriores, cada integrante da Federação Brasileira detém de responsabilidades singulares, sempre buscando a municipalização dos serviços de saúde, donde se comprova a redação do artigo 16, inciso XV, da Lei retromencionada.

Registre-se, neste ponto, que em momento algum da Lei 8.080/90, ou qualquer outro ato normativo que integra o ordenamento do Sistema Único de Saúde, foi atribuído à União Federal a distribuição de medicamentos. Muito ao contrário, do texto do artigo 16 desta Lei, se extrai que à União cabe a promoção da descentralização para Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal<sup>241</sup>, com o escopo de efetivar a municipalização da saúde, objetivando que as pessoas sejam atendidas nos seus Municípios<sup>242</sup>.

Deste modo, arguir a solidariedade dos entes federados diante não é desprezar a história do direito sanitário brasileiro; desconsiderar a sistemática do Sistema Único de Saúde Brasileiro; afastar seus princípios, diretrizes e objetivos. É ilusão se conceber a ideia de que com a solidariedade de todos os entes haverá maior efetivação ou efetividade na letra constitucional, na medida em que este posicionamento colide com a maior diretriz do Sistema, podendo causar diversas implicações negativas no modelo de saúde proposto. Cite-se, neste ponto, o exemplo fornecido por Marcos Maselli Gouvêa:

De outra sorte, a pura e simples cumulação de sujeitos processuais passivos não raras vezes acaba por acarretar a compra do medicamento reclamado em duplicidade, o que viola o mais mezinho princípio de racionalidade financeira, cristalizado no mandamento, insculpido no art. 7º, XIII da Lei nº 8.080/90, que determina a "organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos". Ao tema retornar-se-á, oportunamente.<sup>243</sup>

<sup>240</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 101.

<sup>241</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 105.

<sup>242</sup> ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 94.

<sup>243</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

A situação supracitada pode facilmente ocorrer, uma vez que não há uma rede integrada entre os entes federados que forneça informações acerca do cumprimento de tais medidas judiciais e, frente às decisões que não especificam qual dos entes deve fornecer os medicamentos pleiteados nas ações de saúde, qualquer um ou todos eles poderão cumprir a medida, o que, além de claramente violar a diretriz descentralizadora, afronta a racionalização dos recursos financeiros públicos que, em posição antagônica ao registrado também pelo Supremo Tribunal Federal, já são ínfimos. Mas esse é assunto para outra pesquisa.

Aprofundando o rechace da solidariedade, quanto ao primeiro argumento de que a obrigação judicial de fornecimento de fármacos a particulares seria solidária a todos os entes pela redação do artigo 23, inciso II, da Carta Magna, este não merece prosperar. O termo utilizado neste inciso (“*cuidar da saúde*”) não pode implicar no fornecimento judicial de medicamentos.

*Cuidar da saúde* não significa prestar assistência direta aos cidadãos pelo fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, até mesmo porque, caso assim o fosse, seria forçoso conhecer da contraditória redação da Constituição da República Federativa do Brasil, na medida em que ao mesmo tempo em que se consignaria ser comum a todos os entes prestar diretamente a saúde, mais a frente determinou que os serviços de saúde fossem descentralizados, no intuito de municipalizar as ações e serviços públicos de saúde.

Deste modo, o temo “*cuidar da saúde*” pode possuir uma gama de sentidos. Seria admissível, pois, entender que o legislador ordinário determinou a solidariedade de todos os entes na prestação direta da saúde, caso o texto do artigo 198 da mesma Carta Política não houvesse determinado a diretriz descentralizadora do Sistema Único de Saúde. Contudo como a Constituição da República Federativa do Brasil deve ser interpretada no todo, não se podendo admitir a exclusão da previsão retromencionada, a fim de se atingir um suposto ideal concebido pelos Tribunais Pátrios, em sentido claramente oposto à diretriz descentralizadora. Neste sentido, Luis Roberto Barroso leciona:

No que tange ao aspecto *administrativo* (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se acarretaria a ineficiência

na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.<sup>244</sup>

Neste mesmo sentido, inadmissível, também, ponderar que por integrar o Sistema Único de Saúde, a União Federal deve fornecer os medicamentos aos necessitados que os pleiteiem nas vias judiciais. Isto porque as competências de cada componente do Sistema em análise, foi positivada na Lei 8.080/90, não podendo o Poder Judiciário, até mesmo por falta de prerrogativas para tanto, expandir as atribuições dos entes.

Motivado por tais razões, o Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 888.975/RS, deu provimento ao Agravo para excluir a União do polo passivo da demanda, por entender que a atribuição da União no Sistema Único de Saúde seria exclusivamente o repasse de verbas, consoante a Lei 8.080/90. Confira-se:

Segundo a Constituição, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Ainda segundo a Constituição, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198).

3. A norma a que se refere a Constituição Federal é a Lei n.º 8.080/90, em que a União, no exercício da competência prevista no art. 24, inciso XII, da CF/88, disciplina as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. No âmbito desta lei, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) que, conforme o seu art. 4º, representa um "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público". Concebido como um sistema, o SUS funciona segundo uma organização complexa, submetida a princípios e diretrizes próprias, bem assim a uma repartição de competências, atribuições e responsabilidade entre seus órgãos, condição essencial a qualquer sistema, não apenas para evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade à busca de seus objetivos de garantir ao cidadão, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Nesse sentido, afirma-se a existência de uma gestão tripartida do SUS.

Atendendo aos princípios da descentralização, regionalização e hierarquização da prestação de serviços de saúde (art. 7º, incisos IX, a e b, da Lei n.º 8.080/90), a direção do sistema será exercida em cada esfera de governo nos limites de sua

<sup>244</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 22, nov. 2008.



alçada.

[...]

Bem se vê, portanto, que a participação da União, como gestora federal do SUS, limita-se, no que pertine à assistência farmacêutica direta, ao repasse de recursos financeiros, cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados a

aquisição e a adequada dispensação de medicamentos.<sup>245</sup>

No mesmo sentido, já foi registrada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, donde se extrai o julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RN, em que o Ministro Ilmar Galvão, seguindo o Parecer da Procuradoria-Geral da República registrou que

não há unitariedade da relação de direito material litigiosa, visto que a direção do SUS é única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF/88), cabendo tal mister, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente.<sup>246</sup>

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. EXECUÇÃO DIRETA DE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ATRIBUIÇÃO LEGAL DOS ÓRGÃOS LOCAIS, E NÃO DA UNIÃO. 1. Segundo a Constituição, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198). 2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. 3. Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: "Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população". No que se refere especificamente à assistência farmacêutica, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse de recursos financeiros, cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação de medicamentos. 4. Agravo regimental provido para excluir a União do pólo passivo da demanda. *REsp* nº 888.975/RS. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Oscar Francisco Lehmkuhl. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3396344&num\\_registro=200602093078&data=20071022&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3396344&num_registro=200602093078&data=20071022&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 25 set. 2014.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE PERMITIU A INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA MODALIDADE "DIFERENÇA DE CLASSE", EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO DOENTE, QUE NECESSITAVA DE QUARTO PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO Nº 283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito

Diante de todo o exposto, é de clareza solar, que não há qualquer argumentação hábil a justificar a integração da União nas ações de medicamentos, uma vez que não é sua função a assistência farmacêutica direta, mas sim o repasse de valores que serão, por fim, destinados aos Estados, para a implementação da saúde. Desta forma, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo

Os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, bem como sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias), por meio das quais a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, aqui abrangido o fornecimento de bens matérias, cumpre precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário. Isto não exclui, por certo, a atuação direta do ente central em algumas situações, o que acontece exatamente em função da harmonização prática entre os princípios constitucionais da eficiência, da subsidiariedade e da integralidade do atendimento, como demonstra, por exemplo, a assistência de alta complexidade (a cargo da União e dos Estados, na forma da NOAS nº 01/2002 – que, nesse aspecto, reiterou o que já dispunha a NOAS nº 01/2001), a regulação do setor privado (pelo disciplinamento das relações entre o SUS e os prestadores privados, pelo estabelecimento de critérios e valores para remuneração dos serviços, pela fixação dos parâmetros da cobertura oferecida) e a responsabilidade pela compra e distribuição do assim designado “componente estratégico da assistência farmacêutica” (isto é, os medicamentos e tratamentos das ações de assistência farmacêutica dos programas de saúde estratégicos, concernentes ao controle de endemias, ao fornecimento de ante-retrovirais [DST/AIDS], ao sangue e hemoderivados e aos imunobiológicos, nos termos da Portaria GM nº 204, de 27 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde).<sup>247</sup>

Assim, resta clarividente, que a União Federal não é um ente que possui legitimidade passiva para fazer-se presente nas ações judiciais que buscam medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que apesar de ser sua obrigação o financiamento do Sistema Único de Saúde, isto não implica na sua obrigação de distribuir diretamente fármacos, uma vez que em atendimento à diretriz da descentralização, esta obrigação dos Municípios e, supletivamente, dos Estados. Utilizar outro entendimento é rejeitar o modelo de Sistema Único de Saúde Brasileiro, criado para atender à população e não para desconstituir a forma federativa pátria.

---

previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido. *RE nº 226.835/RS*. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Rosemari Pereira Dias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251894>>. Acesso em: 25 set. 2014.

<sup>247</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental: a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (org). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 38.

## CONCLUSÃO

Ao estudar o tema do direito à saúde, foi possível perceber que a atuação do Judiciário quando do julgamento das demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, atua em conformidade com a previsão constitucional constante do artigo 5º, inciso XXXV. Isto porque, de acordo com a redação deste inciso, o Judiciário não pode se desincumbir da apreciação de ameaça ou lesão à direito e, sendo o Supremo Tribunal Federal o Guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, seria negar vigência à Carta desprezar seu conteúdo, não apreciando os requerimentos, com guarida no argumento de violação do princípio da separação dos poderes.

Demonstrado, também, que o direito à saúde foi assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 196, como sendo “direito de todos e dever do Estado”. Ocorre que, com fulcro nesta redação, no início do século XXI, o Judiciário encontrou-se frente a uma enxurrada de ações fundadas no artigo retromencionado, em que as partes alegavam lesão a seu direito à saúde, na medida em que apesar de terem desenvolvido alguma doença, o Sistema Único de Saúde não lhes fornecia os fármacos necessários ao seu tratamento, mesmo comprovada a hipossuficiência do requerente para a aquisição do remédio. Daí o Judiciário, sob o manto de fazer valer a letra constitucional, provia os pleitos, determinando ao Estado o fornecimento dos fármacos.

Dentro das modalidades de defesa apresentadas pelo *Estado*, e aqui se entenda qualquer que seja os entes federados, estes usualmente valiam-se de dois argumentos: (a) possibilidade da atuação do Judiciário quando da análise de políticas públicas de saúde, pela postura contramajoritária presente nestas decisões; (b) a legitimidade *ad causam* dos entes federados para compor o polo passivo destas demandas.

Na primeira alegação o Estado afirma que as políticas públicas são ações governamentais que visam atingir a um fim que beneficie a população de uma determinado local. Desta forma, quem tem a competência para a formulação de políticas públicas é o Legislativo, composto pela vontade popular, coadunado pelo voto direto, representando, pois, a vontade da maioria dos cidadãos, consequência lógica do Estado Democrático. Deste modo, o Judiciário, ao imiscuir-se nas decisões políticas, o faz sem o devido mandato para esta ação, na medida em que não foi eleito pelo povo, não podendo representar a vontade da maioria, bem como ausente o conhecimento necessário acerca de política para que interfira nas

decisões tomadas pelo poder legitimamente competente. Ademais, as decisões judiciais visam a resolução da microjustiça, desconsiderando, pois, a macrojustiça objeto permanentemente presente nas políticas públicas, o que compromete, de forma irregular, os valores, sabidamente limitados, do orçamento público.

Entretanto, em que pese as alegações supramencionadas, o Judiciário aprecia os pleitos judiciais por medicamentos, justificando sua atuação na força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, não podendo considerá-la promessa inconsequente, cuja validade é, quando muito, inexpressiva. Deve-se, portanto, entender por legítima a análise judicial das políticas públicas a fim de assegurar a implementação dos direitos sociais constitucionalmente preconizados. Em suma, a Constituição não pede, ela ordena! Na gramática portuguesa, é possível afirmar que, a redação da Constituição da República Federativa do Brasil utiliza o tempo verbal imperativo afirmativo. Quando determina que um direito é fundamental e ao Estado cabe assegurá-lo, ela não está sugerindo que assim o seja na realidade. Ao revés, ela impõe que essa seja a realidade.

No tocante ao argumento de ilegitimidade dos entes nestas ações, foi registrado que as Cortes Superiores Brasileiras entendem pela solidariedade dos entes federados para integrar o polo passivo destas demandas, arguindo que a redação do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que o direito à saúde é “*dever do Estado*”, Estado este, no entendimento do Judiciário, representado pelos três entes estatais, já que à estes cumpre o dever de *cuidar da saúde*, consoante a norma inserta no artigo 23, inciso II, da Carta Magna, bem como pela funcionalidade do Sistema Único de Saúde decorrer da participação dos três entes.

Todavia, como demonstrado neste trabalho, tal entendimento é incorreto, posto que a Constituição da República Federativa do Brasil determina que o Sistema Único de Saúde compõe uma rede regionalizada e hierarquizada, cuja primeira diretriz é a descentralização dos serviços. Nesta esteira, a Lei 8.080/90 que dispõe, dentre outras coisas, sobre a organização e o funcionamento dos serviços de saúde pública, preconiza à cada ente funções que lhe são próprias, sempre visando a municipalização dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde.

Deste modo, não cabe, segundo a interpretação mais coerente com a completude da redação da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como pelo texto da Lei 8.080/90, à União o fornecimento direto de medicamentos, sendo esta atividade obrigação dos

Municípios e, supletivamente, dos Estados. Frente à isto, concluiu-se que os Órgãos do Judiciário Brasileiro inspirados pelo sentimento de benevolência, entendendo ser absoluto o direito à vida e a saúde, que em outras oportunidades é relativizado pelas próprias Cortes, provê os pleitos e concede os medicamentos, determinando à todos os entes estatais a obrigação direta do fornecimento dos fármacos, ignorando de forma total as normas de organização do Sistema Único de Saúde.

Sabido que a ciência do direito possui seus pilares na dialética, na interpretação das normas. Mas, contra fatos não há argumentos. A ilegitimidade passiva da União é um fato, não há argumentos hábeis a comprovar, ou ao menos tentar demonstrar de forma coesa ao ordenamento jurídico do tema, a solidariedade passiva de todos os entes nas ações de medicamentos.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor; GIRALDI, Renata. *Brasil tem mais de 200 milhões de habitantes, segundo IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-29/brasil-tem-mais-de-200-milhoes-de-habitantes-segundo-ibge>>. Acesso em: 13 set. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Agência*. Brasília, 2012.

Disponível em:

<[http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B\\_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-IHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWlgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia](http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-IHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWlgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Regras Básicas de Propaganda*. Disponível em:

<<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Pos++Comercializacao++Pos++Uso/Fiscalizacao/Assunto+de+Interesse/Propaganda/Propaganda+antigo/Assunto+de+Interesse/Regras+Basicas+de+Propaganda>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AXT, Bárbara. *25 anos de Aids*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/25-anos-aids-446270.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 37-86, p. 40, fev. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.11, n.15, p. 13-38, nov. 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito à saúde e distribuição de medicamentos*: Prof. Luís Roberto Barroso em Audiência Pública. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, jun./ dez. 2005.

\_\_\_\_\_. *O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=bYB1\\_4CkL2U](http://www.youtube.com/watch?v=bYB1_4CkL2U)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BEARD, Charles. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BERMUDEZ, Jorge. *Remédio: Saúde ou Indústria: A produção de medicamentos no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 659.979/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Nathalya Werlang. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1572924&num\\_registro=200400564572&data=20050307&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1572924&num_registro=200400564572&data=20050307&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 22 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.144.382/AL*. Primeira Turma. Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: J B DA S. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 27 de junho de 2014. Disponível: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32130790&num\\_registro=200901119486&data=20140804&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32130790&num_registro=200901119486&data=20140804&tipo=0&formato=PDF)>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 507.205/PR*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Ancelmo Lissoni. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 07 de outubro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=958970&num\\_registro=200300097763&data=20031117&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=958970&num_registro=200300097763&data=20031117&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.203.244/SC*. Primeira Seção. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Eliane Teske. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 09 de abril de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29496813&num\\_registro=201001375288&data=20140617&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29496813&num_registro=201001375288&data=20140617&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 28 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 888.975/RS*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Oscar Francisco Lehmkuhl. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3396344&num\\_registro=200602093078&data=20071022&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3396344&num_registro=200602093078&data=20071022&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.102.457/RJ*. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Kleber do Rego Machado. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4533494&num\\_registro=200802570369&data=20090218&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4533494&num_registro=200802570369&data=20090218&tipo=0&formato=PDF)>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 822.882 AgR/MG*. Primeira Turma. Agravante: Município de Uberaba. Agravado: Luzia Lopes Faria. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de junho de 2014. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+822882%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+822882%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k69gakh>>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE nº 803.274 AgR/MG*. Segunda Turma. Agravante: Município de Uberlândia. Agravado: Olivia Maria de Andrade. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em:  
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+803274%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+803274%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q8qoctv>>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE nº 725.998/MS*. Segunda Turma. Recorrente: James Almond Eagers. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Município de Campo Grande. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 15 de outubro de 2013. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4771894>>. Acesso em: 27 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF nº 45 MC/DF*. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 607.381/SC*. Primeira Turma. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 22 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 226.835/RS*. Primeira Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Rosemari Pereira Dias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 14 de dezembro de 1999. Disponível em:  
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251894>>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 195.192/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+195192%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+195192%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ado5gep>>. Acesso em: 21 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira



Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 490.661/RJ*. Segunda Turma. Recorrente: Dalvino Santos. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 06 de fevereiro de 2007. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408974>>. Acesso em: 27 set. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *ARE nº 650.359/RS*. Primeira Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Hélio Francisco Cirolini. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de fevereiro de 2012. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810238>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 566.471-6/RN*. Plenário Virtual. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 657.718/MG*. Plenário. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de novembro de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. *STA nº 175 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 24 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário. *RE nº 271.286 AgRg/RS*. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCL>

A%2E+E+271286%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>. Acesso em: 03 mai. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PLP 1/2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104342>>. Acesso em: 07 set. 2014.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: HUCITEC, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELLAGNEZZE, René. *O estado de bem estar social, o estado neoliberal e a globalização no século XXI: Parte I: o estado clássico*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12537](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12537)>. Acesso em: 15 mar. 2014.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131-142.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

ELIAS, Paulo Eduardo. *Disciplina de Atenção Primária à Saúde I: MSP 0670/2011: Sistemas de Saúde*. Disponível em: <<http://www2.fm.usp.br/cedem/did/atencao/Texto01.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 559-574.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O município e os direitos fundamentais: uma análise das competências constitucionais do município em matéria de direitos fundamentais. *Revista de Mestrado em Direito*. Osasco, v. 6, n. 2, p. 139-176, jul./dez. 2006.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Judicialização*. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/introducao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *A Questão do controle externo do Poder Judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Nestor Castilho et al. *Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós-positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

GONÇALVES, Daniel Bertoli. *Desenvolvimento sustentável: o desafio da presente geração*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/051/51goncalves.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008.

GUARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 237-253.

LIMA, Waner Gonçalves. *Política pública: discussão de conceitos*. Disponível em: <<http://revista.uft.edu.br/index.php/interface/article/viewFile/370/260>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155-173.

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 245-269.

MACEDO, Regina Maria; FERRARI, Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MADER, Helena. *Congresso: Temas internos monopolizam a eleição da Mesa*. Disponível em: <<http://tonnyribbtop.blogspot.com.br/2013/01/congresso-temas-internos-monopolizam.html>>. Acesso em: 03 maio 2014.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. *Políticas Públicas e Protagonismo Juvenil*. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/290.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

MARCUZZO, Maria Cristina. *Keynes and the welfare state*. Disponível em: <

[http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/texto\\_02\\_12.pdf](http://www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/texto_02_12.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2014.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *8ª Conferência Nacional de Saúde: Relatório Final*. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *ABC do SUS: doutrinas e princípios*. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *O SUS no seu município: Garantindo saúde para todos*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.pmf.pr.gov.br/ArquivosDB?idMidia=63581>>. Acesso em: 11 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 1.286, de 26 de outubro de 1993*. Dispõe sobre a explicitação de cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, o Distrito Federal e o Municípios e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde. Brasília, 1993. Disponível em: <[http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/legislacao/arquivo/19\\_Portaria\\_1286\\_de\\_26\\_10\\_1993.pdf](http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/legislacao/arquivo/19_Portaria_1286_de_26_10_1993.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012*. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1823\\_23\\_08\\_2012.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1823_23_08_2012.html)>. Acesso em: 27 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996*. Aprova, nos termos do texto anexo a esta Portaria, a NOB 1/96, a qual redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do Sistema. Brasília, 1996. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 341, de 22 de agosto de 2001*. Define, para o Grupo 36 - Medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde - SIA, a forma e a redação estabelecidas no Anexo desta Portaria. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2001/PT-341.htm>>. Acesso em: 14 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *SUS: princípios e conquistas*. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_principios.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1996.

OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da federação no fornecimento de medicamentos. *Revista Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v.36, n.1, p. 29-44, jan. / jun. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. *Simpósio da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=B\\_XEH5lBgsQ](http://www.youtube.com/watch?v=B_XEH5lBgsQ)>. Acesso em: 02 mai. 2014.

OLIVEIRA, Rafael. *O constrangimento orçamental e a vontade da Constituição: a realização de políticas públicas na área da saúde*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 23-112, jun. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/12/1966-Pacto-Internacional-sobre-os-Direitos-Econ%C3%B3micos-Sociais-e-Culturais.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

PELUSO, Cezar. *Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das Supremas Cortes*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA\\_CP.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: A relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTAL BRASIL. *Cresce número de municípios no Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/cresce-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Política nacional visa à redução de acidentes e doenças do trabalho*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/08/politica-nacional-visa-a-reducao-de-acidente-e-doencas-do-trabalho>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

PREFEITURA DE NITERÓI. *Saúde: lista de medicamentos da rede de saúde de Niterói: atenção básica*. Disponível em: <[http://www.saude.niteroi.rj.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=105&Itemid=75](http://www.saude.niteroi.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=105&Itemid=75)>. Acesso em: 14 set. 2014.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justificabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. Judiciário e políticas públicas: a concretização dos direitos fundamentais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-42, abr. 2010.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais: Introdução. Constitucionalismo Contemporâneo X Positivismo Jurídico. A Realização Dos Direitos Fundamentais sob a Perspectiva Neoconstitucionalista. Conclusão*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. *Organização da atenção à saúde: é necessário reformular as estratégias nacionais de construção do “modelo do SUS”?*. Disponível em: <[www.sms.rio.rj.gov.br/servidor/media/modelosus.doc](http://www.sms.rio.rj.gov.br/servidor/media/modelosus.doc)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental: a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 25-62.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-131, jan./ mar. 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133-153.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva*

sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$800 mil: a história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Políticas Públicas: Conceitos e Práticas*. Minas Gerais, 2008. Disponível em: <<http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%20C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

SILVA, Alessandra Ximenes. *A Reforma Sanitária Brasileira em Debate*. Disponível em: <[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA\\_EIXO\\_2011/IMPASSE\\_E\\_DESAFIOS\\_DAS\\_POLITICAS\\_DA\\_SEGURIDADE\\_SOCIAL/A\\_REFORMA\\_SANITARIA\\_BRASILEIRA\\_EM\\_DEBATE.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/IMPASSE_E_DESAFIOS_DAS_POLITICAS_DA_SEGURIDADE_SOCIAL/A_REFORMA_SANITARIA_BRASILEIRA_EM_DEBATE.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

SILVA, Ferreira Pamella. O Movimento Sanitário. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-movimento-sanitario-brasileiro/7591/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: STF, 2010, p. 1338.

\_\_\_\_\_. *Audiência pública saúde*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 27 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Audiência pública saúde*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM\\_abertura.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM_abertura.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Audiência pública saúde: anexo: Marcelo Hoff*. Brasília, 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo\\_Hoff.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Audiência pública saúde: Subprocurador Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Rodrigo\\_Tostes\\_de\\_Alencar\\_Mascarenhas\\_\\_Subprocurador\\_Geral\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2013.

TAYLOR, Matthew M. Como o Judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas. *Revista Getúlio*, São Paulo, v. 1, n. 5, set./ 2007, p. 50-53.

TEIXEIRA, Carmem. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Disponível em:

<[http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./ dez. 2008.

VINCENZI, Sirlei. *Avaliação do programa semeando educação e saúde na agricultura familiar, do município de Três Passos – RS*. 2012. 67 f. Tese (especialização) – Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/71774/000877423.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 18 abr. 2014.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.